CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

Digitized by Google

Digitized by Google

(1

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

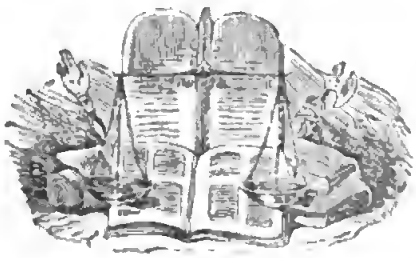
ANNOTATO

PER CURA

del Cavaliere

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO, DI PROCEDURA CIVILE E PENALE
NELLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA E FERRARA
ORA CONSIGLIERE DELLA REGIA CORTE DI CASSAZIONE SEDENTE IN TORINO



TORINO
DALLA SOCIETÀ L'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
1865

Digitized by Google

Proprietà letteraria.

Digitized by Google

AVVERTENZA PRELIMINARE

Il progetto del nuovo Codice di procedura civile venne presentato al Senato del Regno nella tornata del 26 novembre 1863. Era accompagnato da una estesa Relazione del ministro guardasigilli; minuta e accuratissima esposizione di ogni parte dell'opera, esaminata nel suo spirito e nelle sue più cospicue ragioni di metodo e di sostanza. Il progetto giacque, sinchè il Ministero cangiò; ma durando e facendosi sempre più sentire il bisogno di modificare la legislazione, e già condotto a termine il più vasto lavoro del Codice civile, era necessario dare l'ultima mano alla sistemazione della procedura civile, « destinata (userò le parole del ministro Vacca) a dar moto ed azione alle leggi civili con accordo ed uniformità di principii e d'indirizzo ». Uomini competenti vi studiarono nelle Commissioni, e il Codice fu pubblicato per Decreto Reale del 3 aprile 1865.

Ponendomi a questa non grata nè lusinghiera ma importante impresa di rilevare con opportuni annotamenti le disposizioni del nuovo Codice, stimo inutile di prepararla con una prefazione qualunque, o a narrare i tempi che già furono delle nostre divisioni politiche e quindi legislative, o a manifestare anticipati giudizi in forma di programma, di critica o di lode. I pregi e i difetti del Codice si verranno mano mano schierando sotto gli occhi nostri in questa lunga e minuta esposizione esegetica senza il pericolo di essere esagerati, o forse mal compresi, in un punto di vista troppo generale. Del resto io convengo che il far precedere un certo esame del sistema e dello spirito del Codice (tutto questo non potendosi cogliere nello studio dei particolari) sarebbe anche nelle ragioni e nelle proporzioni di questo libro; ma potrei io farlo meglio che nol facesse quell'alto ingegno del Pisanelli? e per leggere nella mente dei due ministri, che sono nello stesso tempo due sommi giureconsulti, quale specchio posso io avere più fedele delle stesse loro parole? Io dunque mi varrò delle loro Relazioni. Non bisogna dimenticare che dopo il progetto si fecero dei nuovi studii (e forse il paese desiderava di parteciparne più largamente), e che il progetto subì delle modificazioni; non però così radicali, io penso, da togliere per conto alcuno importanza alla relazione del Pisanelli, che procede d'altra parte con una certa ampiezza e generalità di vedute.

Digitized by Google

Parlerò piuttosto di ciò che mi riguarda, dello scopo del libro e del metodo da me tenuto. Primieramente io credo che l'*annotatore* di un Codice debba aver chiaro il proprio oggetto, saper bene egli stesso ciò che intende di fare. Si prefigge egli semplicemente della erudizione, e quel corredo di fatti giuridici comparati che mettono la nuova legislazione in un rapporto immediato e sensibile con altre leggi, e fino ad un certo punto colla dottrina e colla giurisprudenza? Tutto ciò è utile, grandemente utile, quando l'annotatore abbia saldo in mente il concetto della opportunità; comprenda il nesso che congiunge le leggi analoghe ed affini; senta come al loro ravvicinarsi possono illustrarsi a vicenda e porgersi più facili all'uomo della pratica, che non ha tempo da perdere; sappia revocare alla memoria dottrine non vaghe e sconnesse, ma convergenti e dirette al punto che si ha in mira, indicando con esattezza i luoghi degli autori; e non affastelli senza scelta gli esempi e le massime tratte dalle decisioni, ma sia moralmente sicuro che, quando si ricorrerà alla decisione, la specie del fatto non sarà per variare l'applicazione. Con queste vedute, l'annotamento di erudizione, come s'intende in generale, può riuscire, replico, utilissimo e desiderato, come fuori di questo è più o meno imbarazzante, e potrà anche tornare pericoloso al vero intendimento della legge. Vi è un altro modo, che io cogli antichi chiamo *esegetico*, e che infine ha un altro scopo. Gli antichi usarono questo metodo nelle loro *glosse*, di cui le più celebri sono quelle di Accursio e di Gotofredo. Essi afferravano, per così dire, il testo, e se ne impadronivano, lo svisceravano, ne spiegavano le oscurità, ne mettevano in evidenza la ragione e lo spirito. Le glosse non hanno nè l'ampiezza nè la gagliardia nè la importanza del *commento*, che presentavano corpi di dottrine e compiuti trattati scientifici in Alciato e in Donello. Erano lavori pazienti, di menti acute e di lunga mano esercitate nello studio positivo del diritto, ed erano altresì i metodi delle scuole usati da Butrigari e da Bartolo; ma bisognava studiare come si studiava allora. Di questa guisa l'*annotamento* è un breve e succoso commento, che non pretende a sviluppi ed a vaste comprensioni, ma tocca con mano maestra, se è possibile, la difficoltà, e la scioglie rapidamente; unisce la brevità alla chiarezza, che è il principal suo pregio; richiama le disposizioni analoghe più strettamente necessarie; si serve anche di esempi in quanto possono dar luce; accenna ai principii generali, solo ove occorra a rilevare lo spirito del testo; non disdegna di fermarsi sul costrutto e sulle parole quando la intelligenza del testo possa giovarsene.

Io avrei adottata non la prima, ma la seconda maniera. La credo più adatta ad un Codice nuovo, specialmente di procedura, le cui leggi sono *precetti*, mentre l'ordinario ufficio del Codice civile è di esprimere le *relazioni di diritto*. Che vuole il precetto? che impone? qual è la sua ragione di essere? È una idea nuova o è uno sviluppo di altre idee od ha una storia? Sorgono dei dubbii? possono sorgere delle quistioni intorno a quel testo? Veduto sotto questo triplice aspetto, mi pare che possa comprendersi e quasi circondarsi di luce; e nel tutto insieme potersi avere qualche cosa di utile, d'interessante, e, oserei dire, di necessario.

Questa maniera di esame può chiamarsi *intrinseca; estrinseca* l'altra: in quella

Digitized by Google

prevale la critica, in questa la dottrina. La brevità non deve nuocere: ognuno sentirà che si potrebbe dire molto di più. Sarebbe colpa il non approfittare di quelle spiegazioni che si possono attingere all'autentica fonte delle due Relazioni ministeriali, alle quali ci possiamo abbandonare con sicurezza, e passarci talvolta di opinioni autorevoli, se vuolsi, ma il cui richiamo ci tornerebbe o inutile, o incerto e pericoloso: inutile, se quelle opinioni, attribuite a distinti membri delle Commissioni o ad altri personaggi influenti, siano conformi a quelle dei Ministri, autori dei progetti; incerto e pericoloso se disformi, non essendo a noi conceduto tanto spazio da farne la critica e ridurle a termini esatti. Si è sentita la necessità di mandare avanti la Relazione del Ministro guardasigilli, che è susseguita dal Decreto Reale e dalla pubblicazione della legge; e che può dirsi a ragione far parte integrale del Codice stesso. In qualche caso dubbio, in qualche oscurità del testo, ove sia d'uopo informare la nostra risoluzione dallo spirito della legge, quanto gioverà fare scaturire la scintilla dai suoi motivi e dal pensiero stesso del legislatore! Dalla Relazione, che non presenta l'ultima parola di lui, quella del Pisanelli, si trarrà quanto importi a confortare alcuna opinione o dichiarare ciò che nel testo o nel suo intendimento sia meno perspicuo.

Nell'indole di questa chiosa e nell'uso della critica, che mi è necessario, ho dovuto scegliere il genere di materiali di cui dovrò in sussidio valermi: ed ora dirò la ragione per cui, a termine comparativo, ho preferito il Codice sardo del 1859, e più specialmente ancora il francese, non omesse quelle sentenze dei nostri tribunali che decidono quistioni di massima, le quali, non a termine comparativo, ma quali testimonii autorevoli della nostra giurisprudenza, verremo con amore e con desiderio citando.

Ho preferito, io non piemontese, il Codice di procedura civile sardo, perchè, essendo già stato esteso a gran parte d'Italia, rappresenta quasi l'ultimo stato della legislazione; e molto giova che la luce sia portata sui punti ove il transito avviene tra l'antico e il nuovo, specialmente laddove le due legislazioni presentino identità, somiglianze, e differenze generalmente non gravissime nè radicali. Quando la legislazione che cessa sia totalmente diversa, come l'austriaca in Lombardia, svanisce, per così dire, logicamente il termine di comparazione; facile s'intende *diversorum ratio;* è bello il sapere anche questo, ma la critica della legge, in quanto è attuale, non può molto profittarne. Lo stesso richiamo di una legge dissimile diventa non solo arduo, ma, ripeterò la parola, pericoloso. Come e in quale rapporto corrispondono quelle disposizioni? E in questo medesimo rapporto è facile d'ingannarsi ove l'esame non può esercitarsi in grande, in una vista più presto filosofica che particolare ed esegetica, che sorpassa d'assai i confini di questo modesto lavoro.

Ammirando il genio legislativo della Francia e la moltitudine gloriosa de' suoi scrittori, in una scrittura già licenziata al tipografo (*a*), io mi dichiaro tutt'altro

(*a*) *Trattato dell'azione penale*, sotto i torchi dell'Unione-Tipografico-Editrice-Torinese.

che partigiano *quand-même* delle idee francesi e delle loro imitazioni. Ma, chiosatore di leggi quasi tutte venuteci di là, di leggi che sono state esaminate, discusse, perscrutate da studii e circondate da commenti d'ogni maniera, e non solo francesi, ma eziandio italiani, e sulle quali leggi una giurisprudenza, che omai può appellarsi vetusta, ogni giorno parla e rende oracoli, poteva io bene dissentire, abbracciare una ragione piuttosto che un'altra, ed anche mostrare con legittima compiacenza che quelle idee fossero migliorate, sorpassate, confutate, per così esprimermi, da un progresso nuovo; ma non poteva io farmi illusione che quel fondo e quel tesoro di studii e di dottrine non formassero anche per noi una catena di tradizioni, più o meno continuata, ma che tuttavia collega le origini di questa legislazione ai suoi successivi incrementi.

Quest'ultimo riflesso è rivolto a quei distinti giureconsulti che io venero, e con alcuni dei quali sono legato di cara amicizia, i quali vorrebbero del tutto dipartirsi dalle idee e dai metodi stranieri, ed amano cose originali e propriamente italiane: opinioni che io in molta parte divido, ma che anche volendo accettare in tutta la loro estensione, non avrebbero potuto imprimere un indirizzo diverso a chi s'impose di semplicemente chiosare una legislazione, che ristorata, migliorata, è fatta sempre su quel modello.

Digitized by Google

RELAZIONE A S. M.

DEL MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI

in udienza del 25 giugno 1865

SUL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

SIRE,

A compimento del Codice civile, mi onoro presentare alla Maestà Vostra il Codice di procedura civile, il quale, ordinato a dar moto ed azione alle leggi civili, richiede pertanto conformità ed accordo di principii e d'indirizzo.

Il procedimento giudiziario al pari delle altre parti della legislazione ritraeva la disformità dei sistemi, e delle discipline accolte nei varii Stati d'Italia, e questo era un male ferace di sconci gravissimi, perciocchè nulla v'abbia di più increscioso e molesto ai contendenti quanto la incertezza, e la varietà delle forme giuridiche che raffigurano la guarentigia dei diritti da far valere in giudizio. Nè questo solo: chè l'ordine dei giudizi, e le norme di procedimento si palesavano in genere intralciate di forme e d'inciampi, dominate da esagerato fiscalismo, flessibili agli accorgimenti della malizia e della mala fede, scoraggianti per le ragioni dell'onesto creditore. Ben si potrà quindi affermare che i sistemi vigenti di procedimento giudiziario fallissero ai sommi fini d'ogni ben ordinato sistema di procedura, che sono, come a niuno è ignoto: massima celerità nel corso dei giudizi: minimo dispendio delle parti contendenti.

Più avvertiti e lamentati insieme apparivano i vizi del procedimento esecutivo della espropriazione forzata. Nel che ci basterà ricordare come la legge di espropriazione forzata del 29 dicembre 1828 vigente nelle Provincie meridionali avesse porto incessante argomento di lamentanze e di voti per una radicale riforma, che andasse compagna della riforma ipotecaria; avvegnachè sotto gli auspicii di quella legislazione, mal rispondente ai principii della scienza e alle necessità economiche, ne seguisse lo scoramento del mutuo ipotecario, la rovina dell'industria agraria e l'impedito sviluppamento degli istituti di credito, ai quali tornava infesta una procedura tardigrada e insidiosa.

A questi vivi bisogni, a queste inconvenienze gravissime veniva incontro opportunamente il progetto di legge sulla procedura civile iniziato appresso il Senato del Regno dal mio onorevole predecessore Pisanelli; senonchè non bastò il tempo e l'agio alla Commissione deputata dal Senato all'esame di quel progetto di compiere i suoi studii, sicchè l'opera ne uscì dimezzata ed incompiuta. Stando le cose in tai termini sorgeva indispensabile la necessità di entrare in più ampia e minuta revisione del Codice di procedura civile, coordinando la economia e le singole disposizioni di esso con quelle del nuovo Codice civile, al che trovavasi bene abilitato il Ministro Guardasigilli dalla larghezza dei poteri conferiti al Governo del Re dall'art. 2 della legge del 2 aprile.

Digitized by Google

Obbedendo io all'onorevole mandato, mi rendei sollecito, seguitando il metodo tenuto per gli altri Codici, di circondarmi dei lumi e del senno di una Commissione composta di eletti giureconsulti e membri del Parlamento, i quali, mi è grato il dichiararlo, non perdonarono nè a fatiche nè a sforzi per adempiere virilmente al cómpito loro.

Ad agevolare il lavoro, avvisai pure di proporre alla Commissione una serie di quesiti da esaminare, i quali quesiti aggiunti alle sagaci avvertenze e suggerimenti proposti nella discussione parlamentare, porsero il tema agli esami di essa Commissione.

Ponendo mano all'opera di unificazione, non si poteva, nè si doveva dimenticare essere consiglio di prudenza tenere in gran conto la varietà dei sistemi e degli instituti ed i rispetti alle abitudini, allo consuetudini e alle speciali condizioni delle varie parti d'Italia, che non si rimutano per subita trasformazione: ond'è che, recatosi in questo studio comparativo un savio ecletismo, si è riescito ad un sistema che compie il gran fine della unificazione, senza trascorrere alle esagerazioni della uniformità simmetrica o estetica.

Compiendo ora al debito di esporre alla Maestà Vostra le somme ragioni del novello sistema adottato da me d'accordo con la Commissione, non che delle modificazioni recate al progetto ministeriale, mi stringe necessità parlarne più distesamente di quel che mi occorresse rispetto al Codice civile, perciocchè questo, elaborato già di lunga mano, e corredato di molteplici relazioni, non mi lasciava che l'opportunità di restringermi alle sole parti modificate; dovechè il Codice di procedura civile si presenta in tali condizioni da far desiderare una più larga e minuta esposizione.

Il Codice di procedura si divide, con semplice e logica distribuzione, in tre parti. La prima *dell'ordine e della forma de' giudizi*, che movendo dalle disposizioni generali sui giudizi e regolando di essi ogni forma ed ogni incidente, conduce i litiganti fino al conseguire la sentenza definitiva che abbia fatto passaggio in cosa giudicata. La seconda che provvede alla esecuzione, per autorità di giustizia, delle sentenze e degli atti equivalenti, con le norme attinenti a qualunque specie di esecuzione e su qualunque natura di beni. La terza in cui sono raccolte le disposizioni sopra i procedimenti speciali, o di giurisdizione volontaria o altri, i quali stanno da sè e non presentano legame alcuno particolare con le materie del Codice d'ordine più generale.

Ma, innanzi d'entrare nel proprio campo del libro primo, s'incontra un titolo preliminare che raffigura come il vestibolo dell'edificio processuale. Quanto è necessario che la legge impedisca ai cittadini il farsi diritto di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio d'ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o cessare le liti. Le quali sono di per sè cagione di dissidii, di turbazioni e di rancori infesti al benessere sociale. Ecco a quale intento e per quale proposito il Codice esordisce coi due capi *della conciliazione* che previene le liti, e *del compromesso* che le definisce per vie amichevoli.

Quanto al concetto della *conciliazione*, parve bene avvisata l'imitazione degli ordinamenti che la ressero fin qui, con felice prova, in una parte principale del Regno, vogliamo dire le Provincie della meriggia Italia. Nel provvedere all'ordinamento di cotale istituzione, fu manifestato il pensiero di renderne obbligatorio lo esperimento, e di estendere ai Tribunali e alle Corti la disposizione dell'art. 417 che impone al Pretore di tentare la conciliazione delle parti udita la trattazione della causa. Ma, se questa disposizione fu mantenuta rispetto alla giurisdizione de' Pretori che porta seco un carattere proprio di agevolezza e di famigliarità, sembrò da respingere quanto ai Tribunali e quanto alle Corti, non potendo essere esente nè da sospetto, nè da pericolo che giudichi oggi quel magistrato che trattò ieri invano della conciliazione, e che nel trattarne diede argomento d'una preconcetta opinione. Del rimanente finchè in Italia non siasi fatto prova della conciliazione sperimentata volontariamente, e finchè questa istituzione non sia entrata felicemente nelle consuetudini del paese, sarebbe comprometterne l'avvenire, e ridurla di un tratto a formalità indugiatrice de' procedimenti l'imporla alle parti come obbligo imprescindibile, e, in qualunque caso, inevitabile.

Digitized by Google

Rispetto al *compromesso*, il progetto statuiva senza diffidenza e senza restrizioni. Onde, permettendo il compromesso ogni qualvolta è permessa la transazione, non toglieva la facoltà di compromettere nè ai tutori, nè, in generale, agli amministratori di beni altrui. E in oltre, consentiva ne' contratti la stipulazione della clausola compromissoria.

Questa parte della clausola compromissoria non sollevò difficoltà, vedendosi la clausola stessa quotidianamente convenuta ne' contratti di pubblica amministrazione anche approvati per legge. Anzi si provvide con disposizione applicata a procacciare, eziandio dopo la morte dei contraenti, la nomina degli arbitri che non fosse stata fatta da' contraenti; e ciò pur nel caso che gli eredi de' contraenti stessi fossero minori.

Fu dubitato della convenienza della facoltà di compromettere conceduta ai tutori ed amministratori della cosa altrui: senonchè il dubbio cessava, tra perchè il Codice civile mantenuto avea cotal sistema, e perchè fu considerato che, se il compromesso è un benefizio, circondato altronde di serie e solide garantie, sarebbe improvvido partito pertanto negarlo alle persone soggette ad amministrazione, o a tutela.

Fu ammesso che, quanto alle sentenze degli arbitri, possa rinunciarsi ai rimedii dell'appello e della cassazione, non al rimedio della rivocazione, ripugnando che si rinunci seriamente ad un rimedio fondato sul dolo, sull'errore di fatto, su documenti decisivi scoperti dopo il giudizio.

Nel progetto mancavano di sanzione sia l'art. 10, capoverso, che indica quali persone non possono essere arbitri, sia l'art. 11, che determina le forme del compromesso. Ciò non doveva abbandonarsi ad interpretazioni per avventura discordi. Quindi è che nell'art. 11, e nell'art. 32, n° 3, in correlazione coll'art. 10 del Codice, fu dichiarata la nullità sia del compromesso fatto senza le forme prescritte, sia della sentenza pronunciata da persone che non potessero essere arbitri.

La sentenza degli arbitri è resa esecutiva per decreto del Pretore. Questa disposizione del progetto sembrò da conservare non ostante le opposizioni incontrate. In questo caso l'Autorità giudiziaria non esercita atto di cognizione e di impero, sì che sia necessario ricorrere alla Magistratura competente per materia o per valore; solamente esercita un atto di autorizzazione esteriore e quasi di complemento. Come il notaro appone la formola esecutiva agli atti proprii, così il Magistrato l'appone alla sentenza degli arbitri. Ed era ragionevole che ciò fosse facilitato in ogni guisa.

LIBRO PRIMO

Il libro primo, *dell'ordine e della forma de' giudizi*, esordisce con un titolo racchiudente, come nel progetto, *disposizioni generali*. Le quali non potevano avere sede più acconcia, perchè esprimono principii o stabiliscono norme che sono fondamentali, e valgono a chiarire o compiere le disposizioni che seguono.

Fra le disposizioni generali son degne d'esser notate le seguenti: — Si stimò necessario dichiarare che come sono nulli tutti, generalmente, gli atti fatti dall'Usciere fuori delle ore stabilite, così siano nulli gli atti di esecuzione fatti da essi ne' giorni festivi. — Quanto ai mandati da presentare in giudizio, atteso il deferimento del Contenzioso amministrativo ai Tribunali ordinari, fu aggiunto, rispetto alle Amministrazioni pubbliche, che basti a costituire l'atto la sottoscrizione del Capo dell'Amministrazione interessata nel Circondario o nella Provincia e l'apposizione del sigillo d'ufficio. — Nell'articolo 50 vedonsi definiti, con semplicità e con esattezza, i provvedimenti che l'Autorità giudiziaria è chiamata ad emettere, oltre le sentenze. *Provvedimento* è parola generica che comprende i *Decreti* e le *Ordinanze*. Sono Decreti i provvedimenti che si dànno sopra ricorso d'una parte senza citazione dell'altra. Sono Ordinanze i provvedimenti che si emettono, nel corso della causa, dai Presidenti, dai Giudici delegati, dai Pretori o dai Conciliatori, sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o di Uffizio; le quali distinzioni riesciranno d'uso continuo e di evidente utilità perchè ben s'intenda

Digitized by Google

la terminologia del Codice, e le frequenti applicazioni di esso. Quanto alle inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziarii, prescritte dalla legge, fu stabilito che si facciano con l'ordine seguente: primamente nel giornale ufficiale della Provincia; in difetto, nel giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la Corte d'Appello; finalmente, altro mezzo di pubblicità mancando, nel Giornale Ufficiale del Regno. Sembrò conveniente che le pubblicazioni siano, possibilmente, locali, sul riflesso, che, d'ordinario, risiedono nel luogo coloro i quali hanno più interesse a conoscerle.

Alle disposizioni generali tengon dietro le disposizioni concernenti la competenza, la ricusazione dei Giudici e degli Ufficiali del Pubblico Ministero, e la risoluzione de' conflitti. Le quali parti diverse concordano tutte a stabilire chi di ciascheduna causa debba essere il Giudice legittimo.

Le norme della competenza, distinta, secondo i più noti principii di competenza, per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa, sono scritte ed inserite nel Codice di procedura, riservato alla legge sull'Ordinamento giudiziario il provvedere alla costituzione de' Magistrati e delle Magistrature, ordinando gli organi e gli strumenti richiesti all'attuazione di esso Codice.

Delle norme di competenza sono queste le più notevoli.

I Conciliatori, considerati in questa parte come Giudici, sono competenti per tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative a beni mobili il cui valore non ecceda le lire trenta. Vi ebbe chi voleva tolta ogni giurisdizione contenziosa ai Conciliatori, vi ebbe chi la voleva estesa, nelle cause indicate, fino al valore di lire 50. Ma intantochè parve conveniente di conservare e di estendere una istituzione, la quale avvicina il Giudice ai litiganti e rende esigue le spese del litigare, non si credè di esagerarne soverchiamente, fin dal primo esordire, l'importanza. Tanto più che le sentenze dei Conciliatori sono, per natura loro inappellabili. Però essendosi data competenza illimitata ai Pretori (1) quanto alle azioni di sfratto in caso di locazione finita, fu consentaneo a ciò che, in via di eccezione, si attribuisce ai Conciliatori di conoscere delle azioni di locazione di beni immobili, se la pigione o il fitto, per tutta la durata della locazione, non ecceda il valore di lire trenta. Il che, del resto, risponde perfettamente allo scopo per il quale i Conciliatori furono istituiti a giudicare.

Dal Codice vennero tolte le disposizioni riguardanti l'esenzione dalle tasse di registro e di bollo delle cause davanti i Conciliatori. Si stimò inutile esprimere una esenzione connaturale alla istituzione, che fu dichiarata solennemente nelle discussioni parlamentari, mentre altronde la tassazione discende dalle leggi speciali sul registro e sul bollo.

La competenza dei Pretori rimane estesa, come nel progetto, a lire mille cinquecento, e, come nel progetto, non si fa eccezione quanto alle azioni reali immobiliari. Ambidue questi punti furono segno a disputazioni vivissime, e con ragioni desunte principalmente dal pericolo di confidare cause d'importanza rilevante a Giudice unico, meno esperto e scarso d'ogni sussidio migliore. Però il Ministro riferente, d'accordo con la maggioranza della Commissione, è lieto di poter largheggiare di fiducia intera verso la giovane Magistratura italiana. Le attribuzioni e la importanza dei Giudici minori vennero, ai tempi nostri, aumentando man mano per quella necessità che conduce a progressivo svolgimento le istituzioni vivaci e promettenti. Nelle provincie meridionali nessun richiamo si mosse mai perchè i Giudici di Circondario si abbiano competenza fino a ducati trecento. La competenza dei Pretori è già accresciuta notevolmente, per autorità di legge, in materie nelle quali si tratta della libertà e dell'onore dei cittadini, onde sarebbe incongruo non dilargarla nelle materie civili. Se nel principio alcun

(1) Con la legge sull'Ordinamento giudiziario, per le ragioni che saranno svolte nella Relazione apposita, la denominazione di *Giudici di Mandamento* fu mutata in quella di *Pretori*, e la denominazione di *Tribunali di Circondario* in quella di *Tribunali civili e correzionali*, da usare distintamente secondo la materia di cui si tratta.

Digitized by Google

traviamento d'inesperienza fosse possibile, la facoltà di appellare illimitata starebbe come presidio e rimedio.

Quanto alla determinazione del valore per riconoscere la competenza, si sono mantenuto generalmente le norme consuete. Se non che, rispetto al valore delle azioni reali immobiliari, il progetto, conformemente al Codice sardo del 1859, ammetteva che, quantunque si avessero gli elementi di valutazione prestabiliti, potessero sia l'attore sia il convenuto chiedere, nel primo atto del giudizio, che il valore dell'immobile o della servitù fosse riconosciuto mediante perizia fatta da un perito solo nominato dall'autorità giudiziaria. Questa disposizione parve, com'era veramente, cagione non infrequente d'indugiamenti, di spese, di difficoltà incompatibili con l'indole propria dei giudizi affidati ai Pretori. Parve che avesse da riuscire a creare una causa nella causa, ad aprire una sorgente viva di cavillazioni, a volgere in danno il benefizio dell'essere affidata ai Pretori la cognizione delle cause aventi per oggetto le azioni reali immobiliari. Laonde la disposizione fu eliminata dal Codice, e si stimò partito più sicuro e naturale lo stabilire che si debba aver riguardo sempre al tributo, e che, quando il valore non possa determinarsi con questo elemento, la causa si consideri di valore eccedente le lire mille cinquecento.

Simigliante difficoltà presentavasi quanto alla valutazione della cosa mobile nelle azioni relative a beni di questa natura. Stabilito che il valore sia determinato dall'attore nella domanda; stabilito ancora che, nel difetto di determinazione da parte dell'attore, la causa si presuma di competenza dell'autorità giudiziaria adita; era necessario far facoltà al convenuto d'impugnare il valore o espresso o presunto, e provvedere alle conseguenze dell'impugnativa. Queste disposizioni mancavano nel progetto e sono nel Codice. Il quale prescrive, a tal proposito, che, impugnato il valore dal convenuto, il Giudice decida nello stato degli atti se il valore sia nei limiti della sua competenza. Con ciò, imitando quanto era disposto nell'art. 91 del Codice napolitano, si volle evitare la determinazione del valore per istruzioni formali e per perizie, e avvertire il Conciliatore e il Pretore ad avere il valore per indeterminato quando non riescano a persuadersi senz'altro che sia inferiore o a lire trenta o a lire millecinquecento.

Vi hanno cause nelle quali i Pretori sono competenti, qualunque sia il valore. Nel Codice questa competenza illimitata fu mantenuta rispetto a tutte le cause indicate, secondo le idee più ricevute e consentite. E inoltre si aggiunsero le azioni di sfratto per locazione finita, salvo quanto fu stabilito in ordine alla competenza dei Conciliatori. La aggiunta venne suggerita dall'art. 103, n. 7, del Codice napolitano, e, ristretta com'è all'azione di sfratto, promossa quando la durata del contratto non sia più in quistione per aver avuto termine, rimane giustificata pienamente dal considerare quanta prontezza di provvedimenti sia richiesta, massime nei centri popolosi e abituati a scadenze periodiche, per ovviare inconvenienti e pericoli nei casi frequenti di opposizioni e di contrasti.

Le sentenze dei Conciliatori sono per regola inappellabili, stante che l'appello non parve convenire nè alla poca entità della causa, nè alla natura quasi domestica dei giudizi. Queste ragioni non valgono allorchè i Conciliatori giudicano della competenza, e subentrano invece ragioni di pubblico ordine a far ammettere l'appello: nel che non poteva sorgere e non sorse controversia. Ma il Codice deferisce l'appello al Pretore, mentre il progetto lo deferiva al Tribunale di Circondario, ora civile. Il qual principio fu seguito, come vedremo, generalmente ogni qualvolta s'è trattato di sottoporre l'Autorità del Conciliatore all'Autorità giudiziaria superiore. Temevansi forse le rivalità tra i Conciliatori ed i Pretori? Sopra diffidenze non giustificate dai fatti mal si fondano istituti normali e ragionevoli. Forse s'è creduta insufficiente la capacità del Pretore a riconoscere la competenza o l'incompetenza del Conciliatore? Ciò contrasta con le attribuzioni che furono conferite al Pretore come sue proprie. Del resto ripugna all'indole dei giudizi dei Conciliatori l'innestarvi un giudizio d'appello formale, solenne, dispendioso, davanti ad Autorità nel più dei casi lontana.

Della competenza dei Tribunali civili, che sono veramente i Giudici ordinarii, dei Tribunali di Commercio, delle Corti d'Appello, della Corte di Cassazione, non è d'uopo fare discorso,

perchè va governata dalle norme ovvie e note. Quanto alla competenza dei Consoli e dei Tribunali consolari istituiti fuori del Regno, e quanto al giudizio sull'appello dalle sentenze loro, furono introdotte modificazioni nel progetto allo intento di coordinare le disposizioni del Codice con la legge consolare sarda 15 agosto 1858 (n. 2984), la quale andrà estesa a tutto il Regno.

Nel regolare la competenza per territorio, attesa l'abolizione dei Tribunali del Contenzioso amministrativo, fu necessario stabilire le norme pei casi in cui sia convenuta una delle Amministrazioni dello Stato, e per le controversie relative alle imposte dirette o indirette. Quando l'Amministrazione sia convenuta, l'azione personale o reale su beni mobili deve proporsi, per regola, davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile oggetto dell'azione. Nelle controversie relative alle imposte dirette o indirette l'azione, anche quando l'Amministrazione sia attrice, deve essere proposta davanti il Tribunale nella cui giurisdizione è l'Uffizio che deve riscuotere, o che ha riscosso l'imposta.

Statuendo sulla competenza per *connessione* o *continenza di causa*, il progetto proponeva che le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorarii agli avvocati, procuratori e periti di diritti ai cancellieri, agli uscieri, di salarii o mercede ai tipografi e simili, andassero devolute all'Autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione ad esse azioni. Questa disposizione sollevò discussione viva nel seno della Commissione, per quanto riguarda le azioni per onorarii agli avvocati. La maggioranza della Commissione sostenne il progetto, considerando d'uguale natura le azioni per onorarii agli avvocati, e le altre delle quali si parla, sì che valga anche per esse la ragione che l'Autorità giudiziaria, dinanzi la quale fu promossa la causa, sia quella che può meglio apprezzare così il lavoro degli avvocati come il lavoro dei procuratori, dei periti o degli ufficiali ministeriali. Alla minoranza della Commissione parve per l'opposito da ammettere la differenza, non tanto per rispettare le tradizioni e le consuetudini di un foro importante, quanto per ragioni sostanziali, essendo ordinario ad accadere che, mentre i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali assistono e difendono le parti in un solo grado della causa, gli avvocati, invece, le assistono per tutto il corso della medesima; onde, se dovessero agire con le norme del progetto, sarebbero costretti a promuovere tante cause davanti a Magistrature differenti, quanti gradi ebbe a percorrere la causa nella quale prestarono il loro ufficio. Il Ministro riferente, dietro maturo consiglio, ha stimato che fosse da accogliere l'opinione della minoranza, ond'è che nel Codice la competenza speciale di cui si tratta, non è resa comune agli avvocati, pei quali staranno le norme comuni. Però, essendo desiderabile che le cause di somigliante natura vengano evitate possibilmente, e che nei fori di tutto il Regno si diffondano gli usi e le pratiche migliori, si è fatta facoltà anche agli avvocati di valersi del procedimento economico e intimo che è stabilito per i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali nell'art. 379.

Circa il regolamento della competenza tra i Giudici e circa i conflitti di giurisdizione, il Codice, seguitando un principio indicato innanzi, si dilunga dal progetto in quanto, deferendo la domanda pel regolamento all'Autorità giudiziaria immediatamente superiore, non eccettua, come eccettuava il progetto, il caso del regolamento tra Conciliatori per deferirlo, non al Pretore, ma al Tribunale di Circondario. Il Codice con ragione mantiene intatta anche in questo caso la regola, nè dall'averla mantenuta sarà per venire danno all'amministrazione della giustizia.

Due mutazioni ha fatto il Codice al progetto in ordine alla *ricusazione* o all'*astensione dei Giudici e degli Ufficiali del Pubblico Ministero*. La prima, coerente anche alle cose esposte or ora, statuisce che la cognizione dei motivi di ricusazione del Conciliatore spetta al Pretore, non al Tribunale di Circondario, ora civile. La seconda risguardante il modo di proporre la ricusazione. Il progetto recava che la ricusazione potesse proporsi anche all'udienza, e così pubblicamente, in presenza del Magistrato stesso che si vuol ricusare. Ciò parve contrario al rispetto dovuto alla persona dei Magistrati, e altresì alla considerazione in cui vuolsi tenere

la Magistratura. E pertanto il Codice, distinguendo tra il caso in cui al ricusante sia noto il nome dei Magistrati che devono prender parte nella causa, e il caso in cui non gli sia noto, determina che la ricusazione debba sempre essere proposta in termine diverso secondo i casi, con ricorso al Presidente, o, se trattisi di Conciliatore o di Pretore, con dichiarazione depositata alla Cancelleria. Per tal guisa, nè i diritti delle parti sono menomati, nè la dignità della Magistratura trovasi compromessa.

Poteva dubitarsi, stando al progetto, se le disposizioni risguardanti la ricusazione dei Giudici sarebbero applicabili al Pretore allorquando presiede al Consiglio di famiglia. La questinne erasi sollevata sotto il Codice del 1859 ed era stata risoluta, anche dalla Cassazione, in modo affermativo. Questa risoluzione parve giusta, atteso che il Consiglio di famiglia costituisce una specie di magistratura domestica. Quindi si stimò conveniente togliere di mezzo ogni dubbio con espressa dichiarazione nel Codice.

Costituite le Magistrature, con le regole della competenza loro, in atto di poter giudicare, il Codice, seguendo l'ordine consueto, discende ad ordinar la materia delle citazioni, distinguendo la forma della citazione dal termine per comparire.

Della citazione sono mantenute le due forme, per biglietto e per atto formale. La prima più economica e più semplice, propria delle cause davanti i Conciliatori e delle cause davanti i Pretori fino al valore di lire cento: rispetto alla quale, per ragioni facili a riconoscere ed apprezzare, fu necessario esprimere l'esenzione dalla carta di bollo già stabilita nel Codice del 1859. La seconda, rivestita di tutte le formalità e richiesta in tutti i casi nei quali non può aver luogo la citazione per biglietto.

Della citazione per biglietto fu proprio fin qui, per studio di semplicità e di agevolezza, che non avesse ad indicare l'oggetto della domanda. Ma parve singolare che una citazione, qualunque fosse, potesse mancare della formalità più importante, anzi di uno degli elementi costitutivi. In oltre, a che sollecitare la comparizione di persona la quale sia o possa farsi credere non preparata alla difesa, e quindi abbia titolo a conseguire dilazioni? Queste considerazioni mossero la Commissione ad avvisare, e il Ministro riferente ad adottare il partito che anche nella citazione per biglietto s'indichi l'oggetto della domanda.

Quanto alla modificazione delle citazioni alle Amministrazioni pubbliche, fu espresso e accolto il concetto che il Codice dovesse indicare nominatamente i singoli Ufficiali rappresentanti, pel detto fine, le Amministrazioni medesime: e ciò perchè i cittadini trovassero assicurata nel Codice una norma di tanta importanza e non fossero costretti a ricercarla in decreti e regolamenti mutabili. Ma, poichè l'articolo 11 della legge sul contenzioso amministrativo, attuata nel 1° luglio 1865, prescrive certamente, in vista delle possibili e probabili riforme, che il luogo e il modo della citazione delle Amministrazioni siano determinati per regolamento approvato con Decreto Reale; al Codice rimaneva il dichiarare genericamente che, per le Amministrazioni pubbliche, la citazione sia notificata a chi le rappresenta nel luogo dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa, riferendosi, per le specificazioni, alle norme stabilite nel regolamento per la esecuzione del Codice.

Essendo detto nel Codice del 1859 che la citazione per la lista civile, il patrimonio privato del Re, della Regina, dei Principi della famiglia Reale, si notificasse al rispettivo Capo d'amministrazione o a chi ne fa le veci, sorse dubbio, e fu controverso in giudizio, se colui che tiene veci del Capo a cui notificare la citazione dovesse essere quello del luogo in cui avesse sede il Capo stesso. A togliere il dubbio nel modo più conveniente fu dichiarato nel Codice che la citazione sia consegnata al Capo d'amministrazione o a chi ne faccia le veci nel Circondario o nella Provincia dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa.

Nel provvedere al modo di notificare la citazione allorchè la notificazione non possa farsi alla persona del convenuto, e debba farsi alla residenza o al domicilio o alla dimora di lui, il progetto statuiva che, avendo a consegnare la copia a qualcuno dei vicini, l'Usciere preferisse il più vicino, e che, non trovando persona a cui faro la consegna, affiggesse la copia alla porta della casa o dell'appartamento della residenza, del domicilio o della dimora. Queste disposi-

zioni furono mutate nel Codice. Sembrò che potesse cagionare difficoltà e contestazioni il mettere obbligo all'Usciere di preferire il più vicino tra i vicini del convenuto: e d'altra parte, giova fare la notificazione piuttosto a quello dei vicini che sia in relazione più amichevole col convenuto. Quindi è che l'obbligo fu tolto. Sembrò poi che fosse vana forma quella d'affiggere la copia della citazione alla porta della casa o dell'appartamento, imperocchè siffatte affissioni non durano; e il convenuto o non sa d'essere stato citato, oppure, sapendolo vagamente, non sa come e dove averne notizia che basti. Conseguentemente, poichè le cautele in simili casi non sono mai soverchie, fu stabilito nel Codice che l'Usciere lasci avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto, e depositi la copia della citazione nella casa comunale o la consegni al Sindaco o a chi ne faccia le veci. Per tal guisa l'affissione dell'avviso tiene luogo dell'affissione della copia dell'atto di citazione, e oltre a ciò il convenuto sa dove avere notizia precisa e dell'essere egli stato citato e dell'oggetto della citazione.

Rispetto alle citazioni de' militari in attualità di servizio, dietro osservazioni fatte dal Ministero della guerra, alle quali si associò il Ministero della marina, fu stabilito che le copie delle citazioni, le quali, consegnate al Ministero Pubblico, erano da questo trasmesse ai Ministeri suddetti, siano invece trasmesse rispettivamente al comandante militare del Circondario o al Comandante del Dipartimento marittimo in cui abbia sede l'Autorità giudiziaria chiamata a conoscere della causa. Il Ministero riferente accolse di buon grado codesta modificazione, della cui bontà, a vantaggio dei militari e a comodo dell'Amministrazione, i due Ministri proponenti apparivano i Giudici migliori. Inoltre le disposizioni che, secondo il progetto, andavano ristrette ai militari in attualità di servizio, furono estese alle persone assomigliate per legge ai medesimi: e ciò perchè, essendo queste persone soggette alle discipline e ai regolamenti militari, ai traslocamenti repentini e lontani, insomma a tutte le esigenze del servizio militare, è necessario e giusto che siano ordinate a garantia dei loro diritti quelle cautele medesime che sono ordinate pei militari propriamente detti. Del rimanente, dicendosi persone *assomigliate ai militari per legge*, non può rimanere dubbio di quali persone s'intenda parlare, bastando a tale uopo ricorrere ai regolamenti sull'esercito e sulla marina di guerra.

Il sistema della citazione per *editti* o *proclami* ammesso dal progetto pei casi in cui la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile, fu soggetto di viva discussione. Si impugnò la legittimità di esso, sul riflesso che le forme della citazione sono d'ordine pubblico, e non deve essere lecito trasandarle in vista della difficoltà di citare tutti i convenuti. Inoltre si dubitò se il modo stabilito fosse il migliore e non si potesse sostituirne altro più acconcio. Tuttavia la discussione persuase anche gli opponenti, essendo certo, per una parte, che in taluni casi la citazione per *editti* o *proclami* è richiesta da una vera ed assoluta necessità, e, per l'altra parte, avendo superato felicemente le prove dell'esperienza il modo con cui essa citazione è ordinata nel progetto, conformemente al Codice del 1859. In fatti la citazione per *editti* o *proclami* è ammessa soltanto nei casi di somma difficoltà; deve sempre essere autorizzata dal Tribunale o dalla Corte, sentito il Pubblico Ministero; oltre le inserzioni nei giornali, il Tribunale o la Corte possono ingiungere altre cautele; finalmente, quando sia possibile, designano tra i citandi alcuni ai quali la citazione debba essere notificata nei modi ordinari.

Nel capo risguardante il *termine per comparire* in giudizio, i termini furono in generale allungati, parendo conveniente il concedere piuttosto molto che poco alla difesa, massime con la facoltà attribuita al Conciliatore o al Pretore o al Presidente di abbreviare i termini, e anche, secondo i casi, di autorizzare la citazione in via sommaria e ad ora.

Del *procedimento* propriamente detto, cioè del modo con cui le cause sono istruite, discusse e definite davanti le diverse Magistrature, si presentano nel nuovo Codice degni di rimarco i punti seguenti, mutati in parte da quel che erano nel progetto: di quante specie sia il procedimento e che caratteri abbia ciascuna specie; come si propongano e come si decidano gli incidenti; in che modo avvenga la discussione della causa all'udienza, e particolarmente la esposizione del fatto; se e come si stabilisca il fatto nella sentenza; se e come si distinguano le sentenze; con quali forme ed a chi se ne faccia la notificazione.

Digitized by Google

In capo del titolo IV, che concerne il procedimento, sta nel Codice un articolo che pone sotto gli occhi in compendio la distinzione tra procedimento e procedimento, e le qualità delle cause cui ciascun procedimento si applica. Secondo il progetto, il procedimento dividevasi normalmente in ordinario e a udienza fissa; però davanti i Tribunali di commercio, i Pretori e i Conciliatori, vedevasi sorgere un procedimento sommario, con manifesto turbamento dell'idea fondamentale già concepita. Secondo il Codice, le specie del procedimento sono nettamente due, il formale e il sommario; nè sarà mestieri avvertire che formale è quel procedimento in cui si osservano le formalità, i termini, le prescrizioni tutte stabilite come normali, e che è sommario quello in cui le formalità sono minori, i termini più brevi, le prescrizioni meno assolute. Dal che apparisce, senz'altro, come, almeno secondo il sistema del Codice, il procedimento formale è la regola, e il procedimento sommario è la eccezione: onde, pur mancando disposizione espressa, converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme dell'ordinario, non viceversa.

Il procedimento formale è proprio dei Tribunali civili, dei Tribunali di commercio e delle Corti d'appello. Il procedimento sommario è proprio dei Conciliatori e dei Pretori. Però, anche davanti i Tribunali civili, i Tribunali di commercio e le Corti d'appello si osserva il procedimento sommario nei casi determinati dalla legge. E sia l'una sia l'altra specie di procedimento assume modalità speciali secondo la qualità delle Magistrature e la natura delle cause: onde il procedimento formale dei Tribunali di commercio si differenzia dal procedimento formale dei Tribunali civili e delle Corti d'appello; e il procedimento sommario dei Conciliatori e dei Pretori si differenzia dal procedimento sommario dei Tribunali civili, dei Tribunali di commercio e delle Corti d'appello.

Ma le discrepanze particolari non mutano la natura propria dei due procedimenti. Dei quali i caratteri distintivi sono questi, tra altri di minor rilievo: che nel procedimento formale la causa è chiusa prima dell'udienza, perchè deve avere compiuto anticipatamente lo stadio dell'istruire, del dedurre, del conchiudere; e che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa, sì che all'udienza o si fa, o si compie l'istruzione della causa, eziandio con deduzioni e conclusioni non proposte innanzi.

Discutendosi nel seno della Commissione intorno alle diverse specie dei procedimenti quali erano proposte nel progetto, fu ampiamente esaminato il carattere suespresso del procedimento formale. Poteva parere, a primo aspetto, dominato da eccessivo formalismo il partito di chiudere la causa prima dell'udienza, e reputarsi più conforme all'indole genuina e primitiva dei procedimenti, rispettata in altri Codici e specialmente in quelli di tipo francese, che appunto all'udienza si venga delineando ed esplicando la causa mediante il dire e il ridire liberissimo delle parti. Ma presto le apparenze ingannevoli cedevano il luogo alla realtà. Vi hanno è certo giudizi nei quali sarebbe incomportabile ordinare la chiusura della causa: tali i giudizi sorti per incidente nei giudizi principali; tali i giudizi nei quali le parti compariscono personalmente davanti i magistrati: e in questi giudizi, come quelli che sono d'indole sommaria, la chiusura della causa non fu ordinata, perciò che si discutono a udienza fissa. Ma quando la causa deve istruirsi per iscritto, con comunicazione regolare di documenti, con comparse fatte e comunicate, nei termini prescritti rispettivamente; quando le parti non possono comparire se non col mezzo di procuratori esercenti legalmente: sarebbe dannoso non che inutile, che la causa rimanesse aperta fino all'udienza. Sarebbe dannoso, perchè ciò favorirebbe la negligenza dei procuratori, aprirebbe l'adito alle sorprese meditate, renderebbe meno accurata e meno perspicua la istruzione e la discussione della causa, cagionerebbe spesso dilazioni e ritardi. E tutto ciò senza ragione sufficiente, essendo manifesto che, salvo casi straordinari ai quali soccorrono straordinari rimedi, la causa può essere perfettamente istruita e preparata prima dell'udienza.

Nelle cause in cui il procedimento formale si svolge compiutamente, vale a dire nelle cause davanti i Tribunali civili e le Corti d'appello, non si può, per regola, stare in giudizio che col ministero di procuratore esercente legalmente. Il che fu soggetto di disputa nel seno della

Commissione, essendo stato proposto che anche agli avvocati si facesse facoltà di rappresentare le parti, sull'esempio di altre legislazioni e per la considerazione principalmente che, quanto conviene che nelle cause non difficili e non gravi le parti siano rappresentate da procuratori, altrettanto converrebbe che nelle cause difficili e gravi fossero rappresentate da avvocati. La Commissione reputò che la questione involgesse un principio direttivo da essere risoluto nelle leggi organiche sull'esercizio delle due professioni. E il Ministro riferente non esita a dichiarare com'egli stimi che sia da mantenere la distinzione caratteristica tra procuratore ed avvocato, sì che il primo abbia qualità di ufficiale ministeriale, ed il secondo di giureconsulto che consulta, dirige e discute. Altrimenti si riuscirebbe ad avere in sostanza una classe sola di patrocinatori, senza che garantie speciali designassero tra essi i più abili e degni; il che per altro non escluderà la convenienza di alcun temperamento provvisorio suggerito dalle speciali discipline esistenti in taluna parte del Regno.

Davanti i Tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente; e fin qui, poterono comparirvi eziandio col mezzo di procuratore, qualunque egli fosse, ancorchè non esercente legalmente. Onde presso i Tribunali di commercio s'è costituita una classe di patrocinanti, non riconosciuta dalle leggi ed operante come se fosse riconosciuta, con tutti gli inconvenienti o i pericoli delle condizioni non regolari, non vigilate, non necessarie. Sulla proposta della Commissione pel Codice di Commercio, la Commissione opinò che fosse da togliere l'occasione di possibili disordini e danni: e il Ministro riferente non peritossi ad accogliere il voto delle due Commissioni. Quindi il Codice dispone che le parti possono comparire davanti i Tribunali di Commercio o personalmente o col mezzo di procuratore legalmente esercente, anche munito, per facilitazione conveniente, di mandato generale. Alla sorte dei patrocinanti attuali, che possono essere degni, fu riconosciuto che si abbia a provvedere con la legge transitoria.

I procuratori anche legalmente esercenti, per rappresentare le parti in giudizio, devono essere muniti di mandato. Questa disposizione fu contrastata nel seno della Commissione. Perchè esigere un mandato espresso da chi ha dalla legge la qualità di rappresentare le parti? Il possesso dei documenti della causa non dovrà forse bastare a guarentigia del mandato per la causa stessa? Ciò è ammesso nella maggior parte delle legislazioni italiane; e non ne seguitarono inconvenienti; e, ad ogni modo, furono riparati col giudizio di disapprovazione. Nondimeno la Commissione si pronunciò per il mantenimento della disposizione, e il Ministro riferente non ha trovato ragione sufficiente per dipartirsi dall'avviso della Commissione. Ed invero nel sistema di libertà onde informasi lo esercizio della professione di procuratore, la garantia richiesta va raccomandata da gravi rispetti che facilmente s'intendono. Il rimedio del giudizio di disapprovazione riuscirebbe, nei più gravi casi, insufficiente; e, comunque fosse, val meglio evitare questi giudizi irritanti ed incerti. Di una disposizione generale non avranno a dolersi i procuratori, perchè le leggi sono costrette a premunirsi contro gli abusi, e presupporli. D'altra parte, mantenendo la necessità del mandato di cui si parla, il Codice ha potuto introdurre una facilitazione a modo di correttivo, ed è che allorquando occorra, nel corso del giudizio, un mandato apposito per certi atti, di questo mandato possa tener luogo la sottoscrizione della parte alla comparsa relativa.

Compiuta la istruzione della causa e depositati nella Cancelleria gli atti, questi sono sottoposti dal Cancelliere al Presidente, il quale, secondo il progetto, doveva delegare sempre un Giudice a relatore, e, secondo il Codice, o delega a relatore un Giudice, o dispone che la relazione si faccia dalla parte all'udienza.

La Commissione chiamata ad esaminare, se la relazione della causa debba farsi da uno dei Giudici, tenne per l'affermativa con maggioranza notevole. Si considerò che la relazione, a dir così, giudiziale assicuri lo studio più profondo della causa, allontani il pericolo di errori e di sorprese, ponga a nobile e utile cimento l'abilità dei Magistrati, richiami a più severa e più precisa forma la discussione delle parti, insomma adempia meglio a tutti gli scopi che alla relazione si annettono. Nondimeno codesto sistema incontrò gagliardi oppositori da parte di Magistrati rispettabili e da parte di un fòro degno di considerazione per integrità e per sapere: i quali

ebbero a preoccuparsi dei ritardi nella spedizione della causa, di una prevalente influenza del relatore nella deliberazione, delle preconcette opinioni mal dissimulate nel riferire, degli effetti delle osservazioni delle parti circa la relazione.

In questo conflitto di opinioni, nessuna delle quali presenta un valore assoluto, parve al Ministro riferente di tener conto della condizione di fatto esistente in diverse parti del Regno. La qual condizione potrebbe rendere grave e dannoso alla buona amministrazione della giustizia sia l'abolire assolutamente la relazione giudiziale dove fosse accolta, sia l'imporla assolutamente dove non fosse in uso. Imperocchè non si vuole dissimulare che le abitudini, le tradizioni, le costumanze sono la vita degli ordinamenti e degl'istituti d'ogni maniera.

Ciò premesso, nello intento di rispettare, da un lato, le esigenze locali, e per avviare, dall'altro, le consuetudini forensi a quella unità che risulta dagli esperimenti della pratica con facilità e senza turbamento, il Codice affida al Presidente l'attribuzione, degna dell'alto ufficio, di determinare se la relazione della causa all'udienza debba essere fatta da uno dei Giudici oppure delle parti.

Per siffatta guisa, il Presidente, pur conoscendo quale sia il voto del legislatore, potrà tener conto della qualità della causa e delle tradizioni del fòro in cui la causa si agita. Nè, in punto non sostanziale, si avrà a temere che riescano per avventura dannose le differenze, certamente temporanee, da luogo a luogo.

Tra le attribuzioni più importanti del Presidente sono quelle che concernono gli *incidenti*.

Notevoli sono le disposizioni del Codice sugli incidenti, le quali, se invocate con lealtà dalle parti e se adoperate con sapienza dal Presidente, riusciranno per fermo a rendere più disinvolte o spedite, meno costose e meno aspre le liti; più pronti ed efficaci provvedimenti dell'Autorità giudiziaria.

Gl'incidenti si propongono al Presidente, e la comparsa o atto che li propone può contenere la citazione davanti a lui. Se le parti si accordano sulla risoluzione, o non è difficile che si accordino in presenza di Magistrato autorevole, il Presidente provvede senz'altro per la esecuzione; ed ecco risparmiati i dispendi o le lentezze di una sentenza. Se non si accordano, il Presidente rimette le parti ad udienza fissa, oppure, nei casi d'urgenza, risolve l'incidente e dichiara esecutiva l'ordinanza: ed ecco agevolato il giudizio ed assicurata la prontezza maggiore nell'interesse delle parti e della giustizia. Del rimanente, in tal successione di atti procedono brevi i termini, semplici le forme, determinate le cautele ed i rimedi contro le ordinanze risolutive degli incidenti.

Nei termini del progetto (art. 177) la causa veniva in discussione all'udienza con la esposizione del fatto concordata tra i procuratori e depositata nella Cancelleria insieme con gli atti della causa. Secondo il Codice invece, l'esposizione del fatto si fa soltanto o dal relatore o dalle parti.

Una grave disquisizione sorgea intorno a tale argomento. Da una parte osservavasi che la concordanza del fatto non fosse punto da richiedere, perchè, nel caso di consenso circa i fatti, riescirebbe inutile, e, nel caso di dissenso, farebbe nascere un'altra causa sovrapposta alla causa. La relazione del Giudice o delle parti all'udienza vien delineando necessariamente i punti controversi sia in fatto sia in diritto, e la sentenza risolve allo stesso modo gli uni e gli altri. Onde nè al giudizio, nè alla sentenza, nè ai mezzi d'impugnarla può mancare nessuno degli elementi richiesti.

Sostenevasi dall'altra parte la necessità di un fatto concordato nel giudizio, riconoscendo bensì che la concordanza abbia a precedere non a seguitare la sentenza. Altrimenti, mancando il fatto, si lascerebbe mancare alla sentenza stessa il suo naturale sostrato o fondamento. E poi la Cassazione come potrà ella compiere acconciamente l'ufficio suo ove le fosse tolto ogni modo da affacciarsi al fatto inviscerato che fosse nel diritto?

Gli addotti argomenti non mi parvero abbastanza efficaci a combattere le ragioni che stanno per l'opposta tesi. Quando il fatto giudiziario può emergere lucido e incontroverso dallo scambio delle conclusioni e delle difese, e dalla lotta giudiziaria, e dall'oralità della discussione e dalla

motivazione in fatto e in diritto della sentenza, torna evidente che il sistema delle narrative riescirebbe nelle sue conseguenze pratiche ad una sterile superfetazione, feracissima d'indugi, e d'inciampi al celere corso dei giudizi e, quel che più monta, di esorbitanti dispendii alle parti contendenti. Nè qui vuolsi tacere che il sistema abbracciato ha per sè la sanzione della esperienza, avendo già fatto le sue prove con ottimo successo in altre legislazioni del Regno, come nel Codice sardo e nel Codice parmense.

La discussione della causa all'udienza comincia con la relazione o fatta dal Giudice o fatta dal difensore dell'attore, con facoltà agli altri difensori di rettificarla. Posto il caso che la relazione sia fatta dalle parti, ove l'Autorità giudiziaria non creda stabilito il fatto sufficientemente, il Presidente nomina un relatore e rinvia la causa. Di tal guisa non sarà per mancare mai la esposizione del fatto bastevole e sobria.

Dopo la relazione, i difensori leggono le conclusioni prese rispettivamente nelle interesse delle parti. Nei termini del progetto, le conclusioni avrebbero dovuto leggersi innanzi tutto, con ordine meno logico e con manifesto pregiudizio.

Lette le conclusioni, i difensori delle parti svolgono le ragioni su cui sono fondate.

Per siffatta guisa la esposizione del fatto rende intelligibili ed apprezzabili le conclusioni. La discussione successiva chiarisce qual fondamento esse abbiano.

Succede alla discussione la sentenza. Il progetto proponeva che, differendo la pronunciazione della sentenza, non potessero i Giudici oltrepassare la udienza quarta. Ad un precetto non avente sanzione, parve miglior partito sostituire la fiducia nel sentimento del dovere e nel rispetto della dignità propria.

Fu rimandato alla legge d'ordinamento, come a sede più acconcia, stabilire il numero dei votanti.

Il Codice di Ginevra ha una disposizione (art. 104) grandemento raccomandata, che prescrive a' Giudici nel deliberare di formolare le quistioni in fatto e in diritto, di votare sopra tutte distintamente, di risolvere le quistioni di fatto prima che quelle di diritto. La disposizione parve buona, ma propria del regolamento piuttosto che del Codice. Nel Codice, tenuta ragione in ispecialità della quistione sulla concordanza del fatto, fu stimato che tra i requisiti della sentenza fosse mestieri indicare non *i motivi* genericamente, sì bene *i motivi in fatto e in diritto*.

È consueto, almeno in alcune parti d'Italia, che il Giudice relatore si assuma il mandato di compilare la sentenza, ancorchè sia dissenziente dalla maggioranza. Il Codice non tollera questa costrizione, che turba la coscienza del Magistrato e compromette la bontà della sentenza. Per ciò prescrive che, chiusa la votazione, il Presidente designi tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.

Alle cause di nullità della sentenza si aggiunse quella procedente dalla ommessa udizione del Ministero Pubblico ne' casi previsti dalla legge. Questa sanzione parve più conveniente alla importanza dell'atto e alla ragione per cui è richiesto. Però si distingue: la nullità può opporsi da qualunque delle parti, se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia; negli altri casi può opporsi soltanto dalla parte nel cui interesse erano prescritte. A questo modo si evita l'inconveniente del vedersi annullata una sentenza ancorchè favorevole a quella delle parti nel cui interesse il Ministero Pubblico avrebbe dovuto conchiudere.

La distinzione delle sentenze preparatorie, interlocutorie e definitive, preparata dalla giurisprudenza e scritta d'ordinario nelle leggi di procedura, non era nel progetto e non è nel Codice. Fu sempre malagevole il riconoscere gli elementi caratteristici della tale a tal'altra sentenza; malagevole ancora il differenziare con esattezza sentenza da sentenza; più ardua ricerca apparve poi il determinare quali delle sentenze non definitive influissero nel merito della causa e potessero pregiudicarlo. Onde una sorgente di controversie, di incertezze e d'inconvenienti senza fine, sia quanto alla notificazione delle sentenze, sia quanto all'appellabilità. Tolta adunque pel novello sistema la distinzione, un modo di notificazione unico vale per tutte, e tutte riescono medesimamente appellabili.

Però, rispetto alla significazione delle sentenze, la prevalenza del sistema più semplice

lasciò avvertire maggiore l'importanza di ordinarlo il più acconcio e rispondente ad ogni esigenza, dipendendo da esso e il passaggio della sentenza in cosa giudicata, e l'esercizio valevole della facoltà di appellare. Ond'è che nel seno della Commissione sollevossi discussione grave, dietro quesito apposito del Ministro riferente. Da un lato si posero innanzi i pericoli del notificare tutte le sentenze ai procuratori, secondo il sistema del progetto; dall'altro si osservarono gli inconvenienti del notificarle tutte alle parti personalmente. Nello intento di evitare quei pericoli e quegli inconvenienti, la maggioranza della Commissione si accordò in un sistema conciliativo al quale il Ministro proponente non esitava di assentire.

Le parti sono chiamate a dichiarare la residenza o il domicilio che abbiano nel Regno; se non abbiano l'una o l'altro nel Regno, devono e possono in ogni caso eleggere domicilio nel Comune dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa: e ciò o nell'atto di citazione o rispettivamente negli atti di costituzione dei procuratori. La elezione o dichiarazione può essère mutata, ma conserva il suo effetto giuridico finchè la mutazione non sia notificata all'altra parte. Alla residenza dichiarata e al domicilio o eletto o dichiarato si notificheranno le sentenze. Mancando la elezione o la dichiarazione, supplisce, com'era necessario, la legge col disporre che la notificazione si faccia al procuratore.

Per somigliante guisa, la legge non impone alle parti una fiducia sconfinata nei procuratori, ma lascia bensì alle parti la facoltà, conveniente e giusta, di riporla in essi mediante la elezione di domicilio presso di loro. La legge riconosce le difficoltà e gli inconvenienti di notificare le sentenze alle parti personalmente, ma, provvedendo a menomarli o toglierli, non priva le parti di questa garantia che esse credano per avventura necessaria.

Il procuratore, Ufficiale ministeriale, deve poter spedire le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificare alla parte contraria a quella patrocinata da lui. Ciò fu proposto nel progetto ed è ordinato nel Codice, sull'esempio delle legislazioni migliori, senza che esso potere sia tolto (ben s'intende) al Cancelliere. L'attribuire ai Cancellieri esclusivamente il diritto di rilasciare le copie ritarda dovunque e in certi luoghi renderebbe pressochè impossibile l'andamento delle cause. Agli interessi della finanza e insieme all'importanza delle copie nei giudizi è provveduto abbastanza con la prescrizione che esse, se spedite dal procuratore, siano autenticate dal Cancelliere.

Mutazioni notevoli non furono fatte nelle disposizioni sulle *spese* e sui *giudizi contumaciali*. Dopo le quali parti, il Codice continua trattando del procedimento sommario davanti i Tribunali civili e le Corti, del procedimento formale e del procedimento sommario davanti i Tribunali di commercio, dei procedimenti, sommarii sempre, davanti i Pretori e davanti i Giudici conciliatori. Intorno a queste distinzioni dei procedimenti, motivate o dalla natura della causa o dalla qualità delle giurisdizioni davanti le quali le cause sono portate, è da notare, in generale, che tutti i procedimenti stessi si legano tra loro, in coerenza del concetto logico che il procedimento formale davanti i Tribunali civili e le Corti è il procedimento normale cui conviene ricorrere ogniqualvolta manchino, negli altri procedimenti disposizioni speciali.

Nel procedimento sommario dinanzi i Tribunali civili e le Corti fu proposto dal progetto ed è mantenuto nel Codice che, anche dopo iniziata la causa con procedimento sommario, l'Autorità giudiziaria possa, richiedendolo la natura e le condizioni della causa stessa, ordinare che si prosegua col procedimento formale. Il che può essere ordinato dal Presidente se le parti siano d'accordo. Nel Codice si è aggiunto che la disposizione sia applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali; e nel fare l'aggiunta si tenne riguardo particolarmente alla legge sul Contenzioso amministrativo che prescrive il procedimento sommario in tutte le cause, nelle quali siano impegnate le Amministrazioni pubbliche (art. 10), essendo sembrato che, come queste cause possono essere gravi, intricate e difficili al pari delle altre, così convenisse far luogo, anche per le medesime, a quel procedimento che è il normale perchè presenta garantie maggiori di istruzione completa, di discussione ampia, di provvedimenti accomodati ad ogni esigenza.

Nel procedimento appresso i Tribunali di commercio, attesa la natura speciale degli affari

commerciali, nei quali è vita la prontezza e la esecuzione immediata inevitabile, inerendo alle osservazioni ed al voto della Commissione speciale pel Codice di commercio, fu introdotta nel Codice di procedura la disposizione nuova che le sentenze nelle cause commerciali, sia in contraddittorio, sia in contumacia, possono, in ogni caso, sull'istanza della parte, essere dichiarate esecutive non ostante opposizione o appello, con cauzione o senza. Di questa disposizione, rimessa all'arbitrio prudente del Tribunale, hanno da temere solo quei litiganti che impugnano le sentenze per aspreggiare gli avversarii e sottrarre se medesimi e i beni loro alle conseguenze della esecuzione giudiziale.

I mezzi per impugnare le sentenze andavano divisi, secondo la natura loro, in ordinarii e straordinarii. Ordinarii sono l'opposizione e l'appellazione che hanno luogo in qualunque causa. Sono straordinarii la rivocazione, l'opposizione del terzo e il ricorso per cassazione, che hanno luogo soltanto in casi determinati.

Prima di regolare questi mezzi partitamente, il Codice pone innanzi norme che sono comuni a tutti. Riguardano esse norme l'accettazione della sentenza; la natura, il decorrimento, e la sospensione dei termini; le conseguenze dell'essere più le parti interessate a domandare la riforma o l'annullamento della sentenza, oppure le parti interessate ad opporsi alla domanda stessa; e, ancora, gli effetti della riforma o dell'annullamento della sentenza rispetto a certe persone che non l'abbiano domandato. Nelle quali parti, osservando il rigore imposto dalla natura degli istituti che erano da regolare, il Codice mira ad allargare il beneficio anche in pro di coloro che non lo invocarono, piuttosto che farlo perdere a tutti per ciò che non fu reso comune ad alcuni.

Ai mezzi ordinarii e straordinarii d'impugnare le sentenze fu aperta la via. Quindi le correzioni di omissioni o di errori che non producano la nullità della sentenza, e, altresì, l'aggiugnere una conclusione non riferita, ma sulla quale verta il dispositivo, e il correggere, anche nel dispositivo, un errore di calcolo, fu demandato alla stessa Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza.

Primo dei mezzi ordinarii d'impugnare le sentenze è l'opposizione, la quale, secondo il sistema del Codice, è conceduta solamente quando si possa presumere che la parte non abbia avuto notizia della citazione e del giudizio. Conseguentemente non è ammesso a far opposizione l'attore, e neppure il convenuto che sia stato citato in persona propria o citato reiteratamente con forme speciali. Conseguentemente ancora, il termine per fare opposizione è quel medesimo che la legge ha stabilito per comparire in giudizio, e l'opposizione può farsi anche scaduto esso termine, sino al *primo atto* di esecuzione della sentenza contumaciale, *se questa non fu notificata al convenuto in persona propria.*

L'appellazione è rivolta a riparare sia l'ingiustizia della sentenza di prima cognizione, sia le ommissioni o gli errori commessi dalle parti o dai patrocinanti nel primo giudizio. Laonde, come l'ingiustizia, le omissioni e gli errori possono avverarsi in qualunque giudizio e in ogni sentenza, così tutte le sentenze, salvo eccezioni speciali, sono appellabili: il qual principio rende una verità l'eguaglianza ed elimina le controversie incidenti per determinare il valore. Quindi ancora, nel giudizio d'appello si può svolgere e compiere, anche mediante appellazione incidentale, l'istruzione della causa, fino al limite imposto dal divieto di proporre domande nuove: le quali domande, come è chiaro, costituirebbero una causa nuova.

Il termine ad appellare è stabilito variamente, secondo che trattisi di sentenza de' Pretori o dei Pretori o dei Tribunali giudicanti in materia commerciale (nel qual caso è di trenta giorni), oppure di sentenze dei Tribunali civili in materia civile (nel qual caso è di sessanta giorni). Si ebbe riguardo, nel determinarlo, alla natura delle cause e alla qualità delle giurisdizioni.

Come abbiasi a proporre l'appellazione sia principale, sia incidentale; quali atti abbiansi da presentare; quali siano le conseguenze delle irregolarità, è stabilito con norme chiare e precise. Queste norme sono animate, quando era utile, dalla larghezza maggiore, come la norma per cui l'appello incidentale è ammesso anche dopo scaduto il termine per appellare; e sono animate, quando era necessario, da giusto rigore, come le norme per cui si impone il

rigetto dell'appello, quando l'appellante non presenti i documenti necessarii o non comparisca secondo i casi.

Nel giudizio di appello non si ammette, per regola, intervento in causa, perchè troppo facilmente la causa potrebbe assumere carattere di novità. Si fa eccezione per l'intervento ordinato dall'Autorità giudiziaria, e per l'intervento di chi abbia diritto a formare opposizione di terzo: nel primo caso intendendosi che l'intervento non sarà ordinato se non per istruzione necessaria; e nel secondo, che l'intervento valer debba soltanto ad impedire che il terzo possa ricevere nocumento dalla sentenza.

Le disposizioni del Codice riguardanti il rinvio della causa dai Giudici dell'appello ai primi Giudici, mirano a procurare, per una parte, che la causa non sia privata del primo grado di giurisdizione, e, per l'altra, che il giudizio di merito non si rinnovi davanti i primi Giudici quando fosse già stato esaurito.

Speciali norme sono prescritte pei casi in cui si contenda di competenza. In appello non si può conoscere del merito della causa, ancorchè siasene conosciuto in prima istanza, se si dichiari l'incompetenza dei primi Giudici. E ciò perchè, dichiarata l'incompetenza, il giudizio di prima istanza si considera come non avvenuto.

La revocazione, mezzo straordinario, non è ammessa, per regola, quando si può far uso del mezzo ordinario dell'appellazione. In conseguenza, si possono impugnare con la revocazione le sentenze pronunciate in contraddittorio o in contumacia, con diversità di casi, dalle Autorità giudiziarie pronuncianti in grado di appello; e le sentenze pronunziate in prima istanza, comprese quelle de' Conciliatori, solamente quando siano trascorsi i termini per far opposizione o per appellare.

La rivocazione può essere proposta innanzi agli stessi Giudici che hanno pronunciato la sentenza, atteso che la sentenza non si impugna come ingiusta, ma, generalmente, come conseguenza di fatti non imputabili al Giudico.

Pertanto il progetto non ammetteva che tra i casi di rivocazione potesse essere l'errore di fatto risultante dagli atti e dai documenti della causa. Ma questo caso è ristabilito nel Codice qual era nel Codice sardo del 1859, sembrando che il Giudice, anche incolpevolmente, possa cadere in un errore di fatto materiale, e che, cadutovi, debba spettare a lui, meglio che ad altri, di riconoscerlo e ripararlo.

La sentenza, come per appellare, così per ricorrere in rivocazione, si distingue in capi: *tot capita, tot sententiae*. E, impugnato alcuno soltanto de' capi, rimangono fermi gli altri tutti, salvo i dipendenti da quello.

Il termine per proporre la rivocazione è uguale al termine per appellare. Però il punto di partenza diversifica ne' casi in cui la rivocazione dipenda da circostanze e da fatti che fossero stati ignoti.

Per proporre domanda di rivocazione conviene depositare una somma che, in caso di soccombenza, si perde a titolo di ammenda o di multa. La domanda di rivocazione non sospende la esecuzione della sentenza impugnata. Ne' giudizi di rivocazione conclude il Ministero Pubblico. Sono conseguenze dell'essere il rimedio straordinario, e della importanza che ha il giudizio rispetto all'autorità compromessa della cosa giudicata.

Alcuni Codici, tra i quali il Codice sardo del 1859, non ammettono *l'opposizione del terzo*, presumendo che al terzo, per evitare che lo pregiudichi una sentenza pronunciata tra altre persone, basti il far uso dell'eccezione che la sentenza fu *res inter alios judicata*.

Ma l'esperienza ha dimostrato che il rimedio di questa eccezione non è sufficiente. Senza discendere a particolari, basti osservare che l'eccezione sta dentro i limiti della difesa, mentre al terzo potrebbe interessare d'agire. Valga, per esempio, il caso accennato dal Codice di sentenza che si voglia impugnare dai creditori per collusione esercitata a loro danno.

L'opposizione del terzo non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo quando i diritti del terzo possono essere pregiudicati. Il terzo, nel proporre l'opposizione, deve depositare una somma che, in caso di soccombenza, egli perde a titolo di ammenda o di multa.

Digitized by Google

Trattandosi nell'opposizione del terzo di interesse meramente privato, le conclusioni del Ministero Pubblico non sono richieste.

Supremo dei mezzi straordinarii per impugnare le sentenze è il ricorso per Cassazione. Intorno al mantenere e al regolare questo istituto non fu mossa discussione, sia perchè parve che costituisca del Codice uno di quei principii direttivi intangibili, e non mutabili a mente dell'art. 2 della legge del 2 aprile, sia perchè l'ordinamento della Magistratura suprema deve formare argomento di appositi studii raccomandati espressamente dal Parlamento.

Il sistema della Cassazione fu ordinato, col rinvio, in caso di annullamento della sentenza, ad altra Autorità giudiziaria del grado di quella che pronunciò la sentenza impugnata; il che toglie potestà alla Cassazione di mescolare e quasi corrompere il criterio di Giudice del diritto col criterio di Giudice del fatto. Che se l'altra Autorità giudiziaria pronunci come la prima, la Cassazione decide a classi riunite, e, se annulli di nuovo, fa un nuovo rinvio; dopo il quale l'Autorità giudiziaria a cui è fatto, rimane obbligata di conformarsi, nel caso, al giudizio della Cassazione, per la necessità di porre irrevocabilmente un termine alla lite senza l'intervento dell'Autorità legislativa.

I casi di Cassazione sono scolpitamente e tassativamente stabiliti dalla legge, e corrispondono allo scopo dell'istituzione.

I termini pel ricorso in Cassazione sono più lunghi che i termini per qualunque altro giudizio, tenuta ragione delle più gravi conseguenze che ne promanano.

Il Pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione, trascorsi i termini assegnati alle parti o fatta da questi la rinuncia al ricorso, può ricorrere ei stesso, ma nel solo interesse della legge, senza che le parti possano giovarsi dell'annullamento, ove accada.

Davanti la Cassazione le parti sono rappresentate da avvocato ammesso a patrocinarvi non da procuratore. Anche l'avvocato deve essere munito di mandato speciale pel giudizio del quale si tratta.

Il ricorso che manchi dei requisiti richiesti è dichiarato inammessibile. Questo giodizio sulla ammessibilità del ricorso, senza alcune legislazioni, e, tra altre, secondo il Codice del 1859, viene fatto da una Sezione speciale appellata *dei ricorsi*. Il Codice non ammette questo esame preliminare che assume impronta di doppio ufficio posto a riscontro col giudizio di Cassazione, che reca ritardi e dispendii, che può compromettere con giudicati contraddittorii a quelli della Sezione civile l'autorità della Corte di Cassazione, che infine non è necessario; del che rendono testimonianza le Provincie napoletane, la cui Corte di Cassazione, dal 1819 in poi, ebbe a funzionare egregiamente senza il sussidio della Sezione dei ricorsi, non facendo luogo a sconci, ad inconvenienze, o richiami di sorta.

Non è da dire se, ne' giudizi di Cassazione, il Ministero Pubblico concluda. Anzi, tra i requisiti della sentenza, per riguardo giusto all'altezza dell'Ufficio e all'osservanza che deve meritare, è che sia indicato se le conclusioni del Pubblico Ministero furono conformi o no alla sentenza stessa.

Col giudizio di Cassazione, che corona il procedimento propriamente detto, si compie il primo libro del Codice.

LIBRO SECONDO

La legge provvede a che il diritto sia riconosciuto, con solenne forma, o nei contratti stipulati per autorità pubblica o nei giudizi che dei contratti prendono il luogo, e provvede altresì perchè, nei giudizi, sia pronunciata determinatamente la condanna di coloro che disconobbero il diritto risultante da contratto oppure da altro titolo o condizione giuridica.

Ma tutto ciò riuscirebbe vano, se, non prestandosi la parte obbligata all'esecuzione volontaria di quanto fu dichiarato e stabilito, la legge rimanesse impotente a far valere la propria

autorità, nonostante la persistente resistenza dei privati. Quindi il rimedio supremo e necessario dell'esecuzione forzata, detto dai giureconsulti inglesi antichi *fructus et finis legis*, per esprimere che, mancando esso, la legge rimarrebbe senza frutto e senza scopo.

La esecuzione forzata è tra le parti più rilevanti della legislazione, perchè presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia di ordine economico. Assicurare, da una parte, il diritto del creditore; mantenere dall'altra il rispetto dovuto alla condizione e agl'interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sì che diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare le garantie del credito e le garantie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza; tali sono i precipui problemi a sciogliere.

Intorno ai quali problemi si affaticano di lunga mano le legislazioni, la giurisprudenza, la dottrina, nel campo respettivo, senza che siasi venuto a conclusioni e concetti immuni di vizi, ed accolti da unanime consentimento. Nè qui fia vano il ricordare come, a mo' d'esempio, Napoli lamenta le interminabili questioni di perizia; la Lombardia si impiglia ad ogni piè sospinto nell'intervento del Giudice in ogni atto del procedimento esecutivo; la Toscana si aggira nel sistema della perizia nel principio, e dell'aggiudicazione nel fine della procedura esecutiva; finalmente le Provincie antiche, e con esse le Provincie dell'Emilia, dell'Umbria, e delle Marche, dopo l'attuazione del Codice sardo del 1859, vedono costretto il creditore spropriante a fare una offerta, ed esposto ad acquistare, suo malgrado, l'immobile del debitore.

Nell'ordinare il procedimento esecutivo nel Codice nuovo si ebbe cura di evitare almeno gl'inconvenienti più gravi segnalati altrove. E inoltre si procacciò di semplificare le forme, diminuire gli atti, agevolare il lavoro così del Magistrato come di tutti coloro che concorrono all'amministrazione della giustizia.

Le *regole generali* dichiarano quali siano i titoli aventi il carattere esecutivo, e in che forme abbiano ad essere spediti, e da chi. Nella qual parte non si discostano, o poco, dalle norme consuete. Fu esaminato se dovesse attribuirsi forza esecutiva alle scritture private, massime ora che sono atte a costituire ipoteca, sull'esempio della legge toscana che attribuisce forza esecutiva alle scritture private che non siano riconosciute da notaro. Ma ciò non fu ammesso, sembrando troppo necessario che la forza esecutiva non possa essere conferita se non agli atti che emanino direttamente da Uffiziali pubblici.

Tra le *regole generali* merita considerazione questa, sebbene già scritta nel Codice del 1859, che il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge. Alcune legislazioni hanno respinto il sistema della cumulazione come troppo severo e troppo dannoso al debitore, il quale per un debito anche piccolo trovasi esposto a vedere assalita e compromessa tutta quanta la sua fortuna, e, talvolta, persino la libertà personale, con manifesta diminuzione o perdita di quei mezzi stessi che altrimenti avrebbero potuto bastargli all'adempimento della sua obbligazione. Nondimeno, la regola adottata dal Codice sembra giusta e più conforme a quella efficacia assoluta che l'esecuzione legittima deve improntare contro il debitore inadempiente agli obblighi suoi. Conviene che il creditore trovi modo da vincere la mala fede; che, stringendo il debitore da ogni parte, riesca a conseguire il pagamento; che sia impedito lo spettacolo di debitori i quali, mentre l'esecuzione si esercita sopra certi beni, disperdono o sottraggono gli altri impunemente. L'esperienza ha dimostrato la necessità di questo rigore.

Però, nel provvedere agli interessi del creditore, conviene che la legge non neghi protezione e assistenza al debitore. L'esecuzione cumulativa può essere l'effetto di animadversione ed astio del creditore, ed anche di abusi degli Ufficiali incaricati del procedimento. A questi casi provvede la legge statuendo che, se la cumulazione risulti eccessiva, l'Autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa. Inoltre l'Autorità stessa può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni.

Delle controversie sulla esecuzione sono chiamati a decidere il Tribunale di Circondario, ora

civile, e il Giudice di Mandamento, ora Pretore, del luogo dell'esecuzione, non i Tribunali commerciali, salvo una eccezione peculiare, e non i Conciliatori.

Rispetto ai Tribunali di commercio, quanto è conveniente che i Tribunali stessi giudichino anche delle controversie sull'esecuzione, quando la questione cada sull'esistenza, sull'entità o sulla interpretazione di un'obbligazione commerciale, materia propria della competenza loro, altrettanto sarebbe irregolare che giudicassero generalmente di tutte le questioni concernenti l'esecuzione delle loro sentenze, imperocchè, per simil modo, uscirebbero manifestamente dal campo speciale della loro competenza.

Quanto ai Conciliatori, si considerò: i Conciliatori essere Giudici di natura speciale; non doversi, per ciò, commettere ai medesimi attribuzioni troppo gravi od esorbitanti dall'Ufficio loro; tra le quali attribuzioni essere certamente quelle che riguardano i giudizi esecutivi.

Regolando l'esecuzione sui beni mobili, il Codice stabilisce una norma fondamentale coerente al principio generale già discusso della cumulazione dei diversi mezzi di esecuzione, ed è che il pignoramento si può estendere a tutti i mobili del debitore che si trovano presso lui o presso terzi, e alle somme al medesimo dovute. Della quale norma è evidente la ragione ora che, come vedremo, fu tolta la preferenza o privilegio al creditore pignorante sul prezzo in distribuzione, sì che può riuscire necessario l'estendere il pignoramento e procacciare al concorso più abbondante materia. Però il Codice pone un temperamento affidato all'arbitrio prudente dell'Autorità giudiziaria, potendo questa ridurre il pignoramento, secondo le circostanze, quando risulti evidentemente eccessivo.

Il progetto, nel provvedere alla assegnazione e alla distribuzione del danaro ricavato dalla vendita mobiliare, ammetteva la vecchia massima: *le premier saisissant est le premier payé*, stabilendo sull'appoggio di essa un privilegio vero in favore del creditore pignorante.

L'articolo 651 del progetto, conforme in sostanza all'articolo 780 del Codice del 1859, disponeva: « Il creditore pignorante è preferito agli altri creditori non privilegiati pel conseguimento del credito per cui avrà fatto procedere validamente all'esecuzione mobiliare in conformità delle disposizioni dei capi precedenti. Fra più creditori che abbiano fatto pignoramento congiuntamente, la distribuzione si farà per contributo ».

Intorno a questo privilegio vivamente si disputò nel seno della Commissione, e fu deliberato di non mantenerlo. Si disse dai sostenitori del progetto che esso privilegio aveva origine e fondamento giuridico negli assiomi: *Jura vigilantibus subveniunt; Qui prior est in tempore, potior est in jure;* e che a questo si aggiungeva la convenienza e quasi la necessità di impedire, per bene privato o per bene pubblico, che qualunque creditore, ignorando il numero dei concorrenti possibili e temendo di non rimanere pagato, malgrado le sollecitudini della procedura assunta, si induca a pignorare tutti quanti i beni del debitore, non quelli soltanto che basterebbero a pagar lui.

Dall'altra parte si osservava come le argomentazioni addotte mal riuscissero a stabilire che il privilegio di cui si tratta sia conforme ai principii. I principii affermano che i privilegi derivano dalla natura intima e sostanziale del credito, non da una circostanza estrinseca ed accidentale ad esso. Che se dal non essere riconosciuto questo privilegio possono derivare inconvenienti, non sarà lecito per solo studio di evitarli offendere i principii. Tanto più che l'offesa dei principii porta sempre seco inconvenienti maggiori, sebbene o meno apparenti o più remoti.

La deliberazione della Commissione pel Codice di procedura civile fu trasmessa alla Commissione pel Codice civile, affinchè questa esaminasse se per avventura paresse opportuno inserire nel Codice civile una simigliante disposizione come in sede più propria, trattandosi di un privilegio da istituire. Ma la proposta non incontrò favore, perchè il privilegio non fu ammesso.

Confortato da questi voti autorevoli, il Ministro riferente non esitò ad approvarne l'espressione. Ond'è che tutti i creditori, il pignorante ed i non pignoranti, saranno in condizione eguale, salvo che abbiano alcuna delle cause di preferenza stabilite dal Codice civile.

Nel sistema del progetto, come insegna l'esperienza, appena il debitore ha scossa la fortuna,

ciascuno dei creditori s'affretta ad agire per procurarsi il privilegio della diligenza. Invece di procedere d'accordo, procedono separatamente. La gara manda in rovina il debitore, accumulando le spese. I creditori più degni di riguardo, le vedove, i minori, gli assenti, si veggono primeggiati dai creditori più destri, operosi ed informati.

Per l'opposto il sistema del Codice si presenta ad un tempo più giusto e più vantaggioso sia ai creditori sia al debitore. Il pignoramento si reputa fatto nell'interesse comune di tutti i creditori; tutti i creditori, salvo i privilegiati, sono collocati allo stesso grado; i primi a pignorare non conseguono un privilegio come prezzo in certo qual modo della loro diligenza o della loro durezza. E i debitori sono meno esposti a procedimenti precipitosi e molteplici.

Però, se intervengano in causa altri creditori o pretendenti dopo la vendita e prima che sia stato determinato lo stato di assegnazione o ripartizione, essi non possono partecipare alla ripartizione in pregiodizio dei creditori istanti e degli altri che fecero opposizione prima della vendita, salvo sempre i diritti di privilegio. La quale dichiarazione in favore dei creditori che promuovono e costituiscono il giudizio e ne corrono fin da principio tutte le eventualità, è giustificata dalla convenienza di punire la negligenza sempre colposa e talvolta dolosa di coloro i quali presumessero di profittare del giudizio solamente quando le sorti del medesimo fossero assicurate.

Tra le esecuzioni forzate la più importante e la più difficile da regolare è quella che cade sui beni immobili. Questi beni possono appartenere al debitore o ad un terzo. Sopra questi beni si intrecciano diritti molteplici dei creditori. L'aggiudicatario acquistandone la proprietà assume rispetto al debitore e rispetto ai creditori una condizione giuridica speciale. Conviene che il legislatore, nel conflitto d'interessi e di diritti che spesso si combattono, ponga ogni maggiore studio alla conciliazione dei contrarii, e in ogni caso attribuisca la prevalenza al più degno degli interessi nell'ordine privato e nel pubblico.

Ben potremo affermare essere stato questo l'argomento principalissimo degli studii e delle meditazioni così della Commissione, come del Ministro.

Il progetto ministeriale nel divisare il sistema da tenere quanto alla determinazione del prezzo su cui aprire l'incanto e quanto alle conseguenze dell'incanto stesso, seguitando le orme del Codice sardo del 1859, proponeva (art. 663) che il creditore istante offrisse un prezzo non minore di cento volte il tributo diretto verso lo Stato, e offrisse di pagare il prezzo stesso secondo gli ordini del Tribunale.

Reso tollerabile dalle abitudini e da speciali condizioni nelle Antiche Provincie, questo sistema aveva sollevato richiami vivissimi nelle Provincie nuove in cui era stato attuato il Codice del 1859. Dei quali richiami si faceano interpreti taluni dei deputati nella discussione parlamentare. Ond'è che il Ministro riferente ne fece argomento di quesito apposito alla Commissione.

Nel seno della Commissione si riconobbe tosto che il sistema del progetto non andasse immune da gravi vizi ed obbietti.

Si ebbe a notar primamente come il divisato sistema venisse in aperto contrasto col noto principio del non potersi costringere il creditore repugnante a ricevere l'*aliud pro alio:* di che seguirebbe che il creditore, cui mancasse il volere o il potere di fare l'acquisto, andasse ridotto all'inazione oppure a sacrificare il proprio credito specialmente ai creditori meglio forniti di mezzi o d'iniziativa: che d'altra parte, essendo il catasto regolato in modo diverso nelle varie parti del Regno, e talvolta mancando affatto, la norma prefissa sarebbe riuscita a perniciosa disuguaglianza tra provincia e provincia, e in certi luoghi, nei quali il tributo fosse elevato, avrebbe reso poco meno che impossibili le spropriazioni. Questi inconvenienti sostanziali e gravi non potevano essere compensati dal vantaggio di avere offerto un prezzo e di evitare per tal guisa gl'incanti a ribasso e l'aggiudicazione dell'immobile in natura.

Pertanto restavano in presenza il sistema che ha nome della *mise à prix* o apprezzamento da parte del creditore stabilito dal Codice di procedura del 1806 e confermato dalla legge modificatrice del 2 giugno 1841, secondo cui il creditore, come dichiarò la giurisprudenza, può as-

segnare all'immobile qualunque prezzo; e il sistema di far procedere alla perizia dell'immobile, di aprire l'incanto sul prezzo della perizia, e, in caso di deserzione dell'incanto, di fare l'assegno o l'aggiudicazione dell'immobile ai creditori, oppure di mettere l'immobile in amministrazione, accolto, con variazioni più o meno importanti, dal Regolamento lombardo, dal Codice parmense, dalla legge napolitana del 29 dicembre 1828, dal Motuproprio toscano del 7 gennaio 1838.

Sebbene il sistema dell'apprezzamento da parte del creditore siasi mantenuto fin qui nelle leggi francesi, e sia stato accolto eziandio nel Codice di Ginevra preparato dall'illustre Bellot, nondimeno esso parve remoto troppo ed alieno dalle consuetudini delle diverse parti del Regno. Al quale proposito non poteva dimenticarsi che, introdotto nel Codice di Napoli del 1819, era stato abbandonato con la legge citata del 1828. Del resto nella stessa Francia non passarono inosservate le inconvenienze e gli sconci del sistema. La legge permette l'aggiudicazione dell'immobile al creditore spropriante nel caso che manchino offerenti all'incanto (trovasi scritto sostanzialmente così in opera premiata dall'Accademia delle scienze morali e politiche). Questo cagiona la rovina dei proprietarii e perdite gravi ai creditori che non sono primi di grado. La morale non consente che un creditore possa trarre a rovina il proprio debitore, avventurando i beni di lui ad incanti derisorii. Il principio che la vendita cessa di essere legittima quando havvi lesione, dovrebbe reggere le vendite giudiziali come regge le altre. « Se ciò fosse « (sono parole degne di ricordo) i Tribunali non soffrirebbero quotidianamente il rammarico di « essere costretti ad aggiudicare immobili di valore rilevante per un prezzo minimo, con la « rovina di famiglie riguardevoli e sventurate » (1).

Il sistema della perizia preliminare all'incanto presentavasi come più canto e giusto, circondato di garantie sufficienti per ogni interesse e per ogni diritto, avvalorato da precedenti legislativi autorevoli e nazionali. Tuttavia sorgevano informazioni irrefragabili a chiarire che nelle Provincie napoletane il sistema della perizia fu sorgente inesausta di contestazioni, di dispendii, d'indugi infiniti che corrompono e rendono intollerabile la legge del 29 dicembre 1828, senza che non si eviterebbe l'inconveniente che, aperto l'incanto sul fondamento di un prezzo non offerto da alcuno, ove l'incanto riuscisse deserto, rimarrebbe, secondo la conseguenza più naturale del sistema, l'immobile da assegnare in natura. Il quale assegno riproduce sotto altra forma l'inconveniente che il creditore sia costretto a ricevere cose invece di danaro, e per soprassello gli sconci della comunione forzata tra i creditori e della necessità di ritentare la vendita.

Lo esame comparativo dei varii sistemi vagliati con critica severa e coscienziosa condusse all'adozione di un sistema misto, rivolto ad emendare e temperare i vizi di altri sistemi più assoluti, dando al problema sì complesso e grave la soluzione più acconcia a raggiungere gli alti fini d'un buon sistema di espropriazione forzata.

Movendo dal concetto semplice e indisputabile, essere grandemente utile che s'abbia sino dagl'inizi del procedimento un prezzo offerto, al quale, altro prezzo mancando, l'immobile rimanga venduto all'offerente senza riescire nè ad incanti a ribasso, nè ad aggiudicazione in natura, venne fatta facoltà al creditore istante di presentare l'offerta nell'atto di citazione; senonchè consideravasi che ammettere un'offerta qualunque senza limitazione d'un minimo condurrebbe di leggieri al fatto non infrequente di offerte nè serie nè giuste, il perchè all'offerta si è prefinito un limite estremo di bassezza, il quale rappresenta la cifra di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni dei quali il debitore abbia la piena proprietà, e in proporzione, se si tratti di beni sui quali il debitore abbia altri diritti reali (art. 663). Per siffatto modo il creditore sarà allettato a fare, quando il possa, un'offerta certamente non esagerata rispetto al valore effettivo dell'immobile; l'incanto succederà a cimentare l'offerta stessa; e quando l'incanto non riesca, l'immobile rimarrà venduto ad un

(1) Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile; Mémoire sur la réformation de la justice.*

prezzo inferiore per avventura al valore effettivo dell'immobile, non mai nè illusorio, nè iniquo.

Ma, data al creditore la facoltà di fare l'offerta, si doveva prevedere che egli non possa farla o non voglia. In questo caso rimaneva partito unico la perizia, domandata ed eseguita con la semplicità maggiore e sciolta dalle pastoie dei reclami senza fine sul valore dell'immobile, come quella che non è decisiva ma dimostrativa soltanto (articolo 664). Se l'incanto segua dietro la perizia e senza l'offerta, e se all'incanto non si presentino offerenti, per evitare la conseguenza non giusta e non conveniente dell'assegno in natura, si procederà a tante rinnovazioni successive dell'incanto con ribasso, quante occorrano a procurare la vendita (art. 675 capov.). Di tal guisa si ha la perizia senza i principali inconvenienti della perizia; si ha convertito il fondo in danaro evitando l'assegno, che è partito non legittimo, perchè porge cosa invece di danaro; e non decisivo, perchè pone i creditori in una comunione impossibile a durare.

Nondimeno, come il fatto di una offerta risparmia indugi e spese, evita la possibilità d'incanti ripetuti, e assicura un prezzo generalmente ragionevole, così il legislatore ha dovuto mostrare per essa la sua preferenza e lasciarle aperta ampiamente la via. Quindi è che, anche dopo domandata la nomina del perito, non solo il creditore istante, ma anche ogni altro creditore iscritto può impedirla e impedire con essa la perizia, col fare, finchè il perito non sia nominato, l'offerta di cui si è parlato superiormente (art. 664, capoverso 4). Fu esaminato se l'offerta si dovesse ammettere ancora dopo fatta la perizia, o almeno anche dopo nominato il perito e prima che avesse iniziato i lavori, ma sembrò necessario mettere un limite preciso alla ammissione della perizia, e conveniente che questo limite fosse nel primo atto fatto in proposito dall'Autorità giudiziaria.

Al sistema accolto nel Codice vanno coordinate tutte le disposizioni di ordine secondario.

Nel progetto, come generalmente in tutti i Codici, non era provveduto in modo speciale alla spropriazione de' diritti reali immobiliari, ritenendosi che questa potesse seguire senz'altro le regole o della spropriazione de' beni mobili o della spropriazione de' beni stabili. Ma poichè la legge napoletana del 29 dicembre 1828, tuttavia vigente in quelle Provincie, reca in proposito disposizioni che entrarono con utilità nelle consuetudini delle Provincie stesse, e poichè, riconosciuto dal Codice civile il contratto d'enfiteusi, accadrà necessariamente che s'accresca il numero e l'importanza dei diritti reali immobiliari; fu stimato che convenisse tôrre ad esempio la predetta legge napoletana e accomodarne le norme alla economia del Codice. Conseguentemente furono prefisse le basi per misurare l'offerta del creditore istante o di altri creditori iscritti pigliando norma dalle disposizioni del Codice civile circa l'affrancazione del fondo enfiteutico (art. 663); si prescrisse quali menzioni speciali debba contenere la sentenza, che ordina la vendita (art. 666), e quali requisiti debba avere la sentenza portante la vendita (685).

Abusando della facoltà fatta generalmente a chiunque di offrire all'incanto per persona da nominare, presso alcuni Corpi giudiziarii si è costituita una classe di individui che del concorrere agli incanti per poi rivendere suol fare una speculazione riprovevole e pericolosa. Costoro si sono insignoriti degli incanti pubblici, allontanando ogni altro concorrente con gare che riescono rovinose, sì che nessuno può comperare se non da loro. La qual cosa pregiudica grandemente il debitore e i creditori.

Il nuovo Codice di procedura non poteva tollerare la persistenza di questo disordine. Perlochè dispone che soltanto i procuratori legalmente esercenti possano offrire all'incanto per conto di persona da dichiararsi (art. 672, capov. 1).

Dopo la vendita dell'immobile all'incanto, il progetto ammetteva come normale l'aumento del *sesto* sul prezzo della vendita, e, inoltre, concedeva facoltà al Tribunale di autorizzare, secondo le circostanze, anche l'aumento del *mezzo sesto*. I quali aumenti, ben s'intende, avrebbero fatto luogo ad un incanto nuovo. La vendita successiva a questo incanto, nel progetto, era detta definitiva. Tuttavia il carattere definitivo sarebbe scomparso se si fosse proposto un aumento ulteriore del *quarto*.

La Commissione fece plauso all'intento che gli autori del progetto si erano proposti di ac-

crescere quanto era possibile il prezzo da distribuire. Tuttavia ha stimato che il rendere troppo precarii gli effetti dell'incanto, e il tenere troppo a lungo incerta la conclusione terminativa di esso, potesse nuocere anzichè giovare. Se coloro che sono disposti a concorrere all'incanto sanno che gli sperimenti primi sono poco meno che vani, si asterranno da questi sperimenti e riserveranno l'intervento loro ai successivi; il che, per lo meno, procurerà perdite inutili di tempo e di spese. Quindi, non potendosi con sicurezza escludere qualunque aumento, fu deliberato che si avesse ad ammettere un aumento solo, e che avesse ad essere *non minore del sesto sul prezzo della vendita*. E questo è il sistema consecrato dal Codice (art. 680).

Il *giudizio di graduazione* succede al giudizio di spropriazione per compiere l'opera a cui intende la legge.

Togliendo norma dalla legge francese del 21 maggio 1858, in virtù della quale fu mutato, tra altri, l'art. 749 di quel Codice di procedura, il Codice nostro stabilisce che nei Tribunali, nei quali lo richieda il bisogno del servizio, l'istruzione dei giudizi di graduazione sarà affidata a uno o più Giudici delegati annualmente con Decreto Reale, dovechè, negli altri Tribunali, la delegazione si farà giudizio per giudizio con la sentenza che ordina la vendita (art. 708).

Questa medesima riforma fu nella Francia proposta ed ammessa per consiglio e per voto degli uomini più competenti. E fin qui l'esperienza ha corrisposto all'aspettativa. Nè può essere altrimenti, se la scelta del Giudice delegato sia fatta convenientemente. Imperocchè l'abitudine, la persistenza, appositi studii giovano grandemente a compiere con speditezza e con precisione quei lavori difficili ed ingrati che sono gli stati di graduazione. Di presente, usandosi le singole delegazioni per ciascun giudizio, non sono infrequenti nei lavori stessi ritardi dannosi e non giustificabili che importa di eliminare.

Nel Codice francese e negli altri che sono modellati sul medesimo, il giudizio di graduazione non accompagna il giudizio di spropriazione, ma lo segue in ordine successivo. Gli atti dell'uno non cominciano se non sono compiuti gli atti dell'altro, sì che il giudizio di graduazione non si apre se non quando la sentenza di vendita sia passata in giudicato. E, aprendesi il giudizio di graduazione, i creditori che superarono la lunga serie delle formalità e dei termini richiesti per la spropriazione, sono costretti a subire una serie nuova non meno lunga d'altre formalità e d'altri termini per conseguire il pagamento.

Non così divisava la pratica antica del fôro di Ginevra e il Codice di quel Cantone del 1819. Secondo il quale il procedimento per la spropriazione e il procedimento per la graduazione si intrecciano; molti degli atti dell'uno s'incastrano nell'altro; sicchè possono terminare quasi sincronamente.

Questo sistema, lodato e proposto anche da scrittori autorevoli di Francia (1), si presenta attuato pienamente nel Codice. Infatti la sentenza che ordina la vendita deve dichiarare aperto il giudizio di graduazione, indicando o nominando il Giudice delegato, e ordinare ai creditori iscritti di depositare nella Cancelleria le loro domande di collocazione nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando (art. 666, numeri 3 e 4). Il bando è notificato ai creditori iscritti nel domicilio o ne' domicilii eletti, oppure nell'Uffizio delle ipoteche (art. 668). Nel detto termine del trenta giorni dalla notificazione del bando i creditori iscritti devono fare il deposito indicato delle loro domande motivate coi documenti giustificativi (art. 709). Per tal modo, nei cinque giorni successivi alla trascrizione della sentenza di vendita, il Cancelliere può e deve consegnare al Giudice delegato i documenti per la formazione dello stato di graduazione (art. 710).

Fu esaminato se il termine assegnato ai creditori per depositare le domande di collocazione dovesse essere dichiarato perentorio, parendo che ciò sarebbe riuscito ad impedire ritardi e duplicazioni di lavori nel formare lo stato di graduazione.

Tuttavia, anche in vista della maggiore sollecitudine e semplicità del giudizio di graduazione qual è nuovamente ordinato, si deliberò di mantenere nel Codice la disposizione del pro-

(1) SELIGMAN, *Réformes dont notre procédure civile est susceptible.*

Digitized by Google

getto che i creditori possano comparire anche dopo il deposito nella Cancelleria dello stato di graduazione, e fino a che non sia cominciata la relazione sul medesimo all'udienza, però sostenendo senza ripetizione le spese (art. 714). Di poi non sono più ammesse domande nuove, neppure in grado di appello (art. 714 capov.). Il sistema della perentorietà del termine per produrre, inaugurato in Francia con la legge 21 maggio 1858, porse argomento a vive censure da parte di scrittori autorevolissimi (1).

Nell'omologare lo stato di graduazione, la sentenza del Tribunale pronuncia tra l'altro la decadenza di tutti i creditori non comparsi (art. 716, capov. secondo), ma questa pronuncia è soltanto dichiarativa di un precetto che deve poi essere attuato dal Giudice delegato, al quale spetta di ordinare la cancellazione o la riduzione delle ipoteche (art. 719).

Nello scopo di ottenere quest'ordine di cancellazione o riduzione, il progetto imponeva l'obbligo al compratore di far citare davanti il Giudice delegato sia i creditori comparsi, sia i creditori non comparsi nel giudizio di graduazione, vale a dire que' creditori la decadenza dei quali fu già pronunciata nella sentenza di omologazione.

Codesta disposizione del progetto fu impugnata vivamente nel seno della Commissione come cagione di dilazioni e di dispendii inutili. Si citò l'esempio di legislazioni secondo le quali l'ordinanza di chiusura del giudizio di graduazione viene proferita senza che si proceda a nessuna citazione nuova di creditori. Dal momento che essi creditori o sono o poterono essere nel giudizio, ciò basta perchè il giudizio possa condursi a compimento senz'altro.

Nel Codice non è prescritta la citazione dei creditori non comparsi, ma soltanto la citazione de' creditori comparsi (art. 721). Al Giudice delegato s'impone espressamente l'obbligo di riconoscere, prima di proferire l'ordinanza, la regolarità delle citazioni e delle notificazioni fatte (art. 722).

Per tal modo i creditori diligenti possono ancora provvedere ai loro interessi. Quanto ai creditori negligenti, non avranno a dolersi che sia chiamata a tutelarli, dentro limiti convenienti, la stessa autorità del Giudice.

LIBRO TERZO

Del libro III che tratta dei procedimenti speciali, non occorre tener proposito alla M. V., e tra perchè poche e lievi mutazioni si ebbero a recare in questa parte del progetto, e perchè inoltre la non lontana pubblicazione dei processi verbali della Commissione speciale porrà in luce ampiamente le ragioni delle modificazioni portate al progetto.

Non verrà omesso di provvedere opportunamente alle questioni transitorie con apposita legge; di che sorge evidente la convenienza sol che si tenga ragione delle varietà del procedimento giudiziario in talune delle regioni d'Italia che si staccavano per ordini speciali dagli esempi e dalle orme della legislazione francese.

Sire,

Volli pensatamente delineare l'ordito e i punti culminanti del nuovo sistema di procedimento inaugurato dal Codice che mi fo a rassegnare a V. M. Parvemi di fatti pregio dell'opera il chiarire con quante sollecitudini e quanto studio siasi procacciato in quest'opera di revisione di far disamina di tutti i sistemi vigenti nelle varie parti d'Italia, e delle prove più o meno felici che se ne siano ottenute, non trasandandosi gli insegnamenti della dottrina e dell'esperienza che ne porgono i migliori Codici d'Europa.

Fu avvertito dianzi, nè fia vano il ripeterlo, che in fatto di ordinamenti di rito fosse prudente consiglio rispettare alcuni sistemi e discipline, le quali, senza contraddire a' principii, rendessero però la espressione di peculiari abitudini e consuetudini invalse in taluni luoghi.

(1) LAVIELLE, nell'opera già citata.

Procedendo di tal guisa con riguardosa circospezione sarà a sperare che il novello Codice di procedura civile meglio e più agevolmente raggiunger possa i suoi fini, avvegnachè raccomandato esso dalla irrecusabile bontà dei nuovi ordinamenti emendatori di vizi antichi, ed alieno d'altra parte dalle riforme ardite e radicali che non si operano senza scosse violente, con questi titoli e con questo senno ben potrà aspirare al vanto di compiere l'opera solenne del nuovo Codice civile con la inseparabile unificazione del procedimento giudiziario.

VITTORIO EMANUELE II

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE

RE D'ITALIA

Vista la Legge del 2 aprile 1865, n° 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il Codice di procedura civile presentato al Senato del regno nella tornata del 26 novembre 1863, con le modificazioni riconosciute necessarie a norma dell'art. 2 della stessa legge;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Nostro Guardasigilli, Ministro Segretario di Stato per gli affari di Grazia e Giustizia e dei Culti;

Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue:

Art. 1.

Il Codice di procedura civile è approvato, ed avrà esecuzione in tutte le Provincie del regno a cominciare dal 1° gennaio 1866.

Art. 2.

Un esemplare del detto Codice, stampato nella Tipografia Reale, firmato da Noi e controssegnato dal nostro Guardasigilli, servirà di originale e verrà depositato e custodito negli Archivi generali del regno.

Art. 3.

La pubblicazione del detto Codice si eseguirà col trasmetterne un esemplare stampato a ciascuno dei Comuni del regno per essere depositato nella sala del Consiglio comunale e tenuto ivi esposto durante un mese successivo per sei ore in ciascun giorno, affinchè ognuno possa prenderne cognizione.

Ordiniamo che il presente Decreto, munito del Sigillo dello Stato, sia inserto nella Raccolta Ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze addì 25 giugno 1865.

VITTORIO EMANUELE.

Registrato alla Corte dei conti addì 30 giugno 1865.
Reg.° 33 Atti del Governo a c. 47
AYRES

(*Luogo del Sigillo*)
V. Il Guardasigilli
VACCA.

G. VACCA.

Digitized by Google

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL COMPROMESSO

CAPO I.

DELLA CONCILIAZIONE

OSSERVAZIONI GENERALI

La Relazione ministeriale, già riportata per intero, ha detto abbastanza chiaramente che non si è voluto far altro che porgere un qualche aiuto alla buona volontà di colui che prima di rompere una lite vuol tentare una conciliazione. Il sistema di lunga mano meno energico del francese, meno pesante e meno elaborato, ha pure uno scopo meno generale e per nulla essenziale alla procedura che sarà per seguirne, mancando l'effetto della conciliazione. Il Pisanelli ci apprese « che le norme seguite al riguardo del progetto furono desunte pressochè interamente dal Codice di procedura delle Due Sicilie, come dallo stesso Codice si ricavarono le disposizioni concernenti il procedimento contenzioso davanti i giudici conciliatori ».

Articolo 1.

I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie.

Annotazioni.

1. Il *Conciliatore* è una nuova magistratura giudiziaria, propria del presente Codice. Prende il nome dalla principale sua funzione, che è quella di *conciliare*, di *comporre le controversie*. È una rimembranza del *giudice di pace*. La giurisdizione è *volontaria* nel più lato senso della parola, non essendovi la menoma coazione dal lato dei richiedenti, e non rappresentando l'atto di conciliazione veruna condizione giuridica del futuro procedimento, come nel sistema francese. I conciliatori *si adoperano*, fanno del loro meglio onde riesca la conciliazione: ufficio al tutto morale e quasi paterno.

2. **Precedenti storici.** — L'origine dell'istituzione è molto antica. Risale ai tempi ro-

mani. NOODT, *de pactis et transact.*, cap. I; SVETONIUS *in Julio Cæsare et in Caligola;* Leggi francesi, Legge dell'Assemblea costituente, 24 agosto 1790, tit. 10. *V.* LOCRÉ, t. I, p. 106, 113. Succedono a queste le Leggi 27 marzo 1791; 21 germinale, anno II; 26 ventoso, anno IV. *Istruzioni del Comitato di costituzione, del 18 novembre* 1790, cap. I. *V.* BONCENNE, t. II, p. 23; BOITARD, t. I, p. 59; DALLOZ, *Repert.*, n° 5, *Conciliation*, che ne dà vanto all'Olanda, e conviene il MEYER, *Instit.*, lib. VII, cap. II; *Commentario del Cod. di procedura sardo*, ediz. di Torino, vol. 1, p. II, p. 109 e seg. L'istituto fu seriamente oppugnato nell'occasione del nuovo Codice di procedura; era respinto in massima dal Tribunato, nè andava ai versi del Consiglio di Stato (*Discussioni del Consiglio di Stato*, anno 1807; *Sezione del 5 floreale*, anno XIII; *Processo verbale della sezione di legislazione del Tribunato; Osservazioni preliminari sul Titolo della conciliazione*). Fu mantenuto e ricomparve nel Codice di procedura civile, ma subì delle modificazioni. L'art. 49 porta delle numerose limitazioni. L'art. 17 della Legge 25 maggio 1838 ritenne la conciliazione nel senso di una mera facoltà. Se non che, molti anni più tardi, fu vinta una Legge che ritornò obbligatorio lo esperimento della conciliazione (*Legge del Consiglio di Stato*, 25 gennaio 1855); solo mezzo perchè non diventasse una vana parola, una disposizione inutilmente scritta nel Codice. In Italia l'istituto conciliatorio forzato trovò luogo nel Codice di Modena (art. 187, 188 e segg.; 272, 276 e segg.). Il Regolamento pontificio e il parmense non ammettevano l'esperimento obbligatorio che in casi speciali di liti tra strettissimi parenti. Il Codico piemontese del 1854 lo restringeva alle cause di competenza dei giudici di mandamento (art. 58, 59, 60), e quello del 1859 lo dimenticò. Noi prendiamo oggidì l'istituzione bell'e fatta dal Codice di quello che fu già Regno delle Due Sicilie. *V. Osservazioni generali a questo Titolo.*

3. **Questioni.** — *a*) L'articolo dice: *i conciliatori, quando ne siano richiesti. Si esclude forse del tutto la spontaneità?* I glossografi napoletani generalmente opinavano che no (NICOLINI, *Dei conciliatori;* CARRILLO e LIBERATORE, *Delle conciliazioni;* MOSCA, *Commentario alle Leggi di procedura*, t. I, p. 97; *Commentario del Codice di procedura sardo*, v. 1, p. II, p. 114, nota). Oggi bisogna rispondere diversamente. « La necessità della richiesta *impedisce che il conciliatore possa intromettersi fra le parti per comporre le differenze.* Viene così tolto il pericolo di uno zelo importuno che potrebbe talvolta strappare all'ignoranza, o al timore di passare per litigioso, il sagrificio di un diritto non seriamente contestabile ». *Relazione Pisanelli.*

b) *L'esperimento della conciliazione può tentarsi solo una volta, e ciò prima di promuovere la citazione introduttiva del giudizio?* L'art. 1 lascia per noi qualche maggior dubbio che l'art. 48 pei Francesi. Questo si esprime chiaramente; *prima di promuoversi una domanda principale, con cui s'introduce un'istanza...* Vi sono delle domande principali *non introduttive*, quella, per esempio, d'intervento in causa per rilievo e garantia. Per altro la giurisprudenza risolve doversi considerare come introduttiva *ogni domanda riconvenzionale* che non ha carattere di difesa e di eccezione all'azione principale (*Journal Av.*, t. VII, pag. 200; t. XXVII, pag. 12); le domande nuove che importano l'abbandono di un'altra che si trova incompatibile (*Journ. Av.*, t. VII, pag. 150); come in generale le domande giudiziali che stanno da sè, che non hanno radice in verun'altra precedente, quantunque sembrino essere lo sviluppo di fatti giuridici anteriormente determinati, per esempio la domanda per eseguire un testamento, domanda ch'ebbe per condizione della sua proponibilità un giudizio di dichiarazione d'assenza (*Journ. Av.*, t. XXIII, p. 161). Ma quando il giudizio conciliativo è di necessità, e da esso dipende la validità del processo contenzioso, come presso i Francesi, è ben giusto che se ne disputi sottilmente.

L'art. 57 del Codice di procedura del 1854 diceva: *dopo aver tentato un amichevole componimento, questo non riuscendo, provvede sommariamente*, ecc. Poi all'art. 59: *colla scorta di questi atti*, ecc. Poteva ritenersi allora determinato il momento del tentativo conciliatorio: ma il nostro articolo è molto generale in ordine al tempo. Con tutto questo *il tentativo di conciliazione non perde mai il suo carattere di preliminare e anteriore al giudizio;* schiuso il giudizio, si può fare un compromesso, non tentare una conciliazione.

c) *Differenze tra il giudizio conciliativo e il compromesso.* Col primo è una parte che invoca l'autorevole interposizione del giudice; nel secondo amendue le parti concorrono nell'oggetto e nei mezzi, e nel compromesso transigono.

Articolo 2.

La conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratti di materia nella quale siano vietate le transazioni.

La conciliazione fatta da un tutore o altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, ha soltanto effetto quando sia approvata nei modi stabiliti per la transazione.

Le conciliazioni sul falso proposto in via civile non hanno effetto se non siano omologate dall'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

1. L'articolo nelle sue prime parti si mette in relazione coi principii proclamati dal Codice civile. La base della conciliazione è il consenso; chi non ha volontà o la sua volontà non è giuridica (sono queste le due forme dell'incapacità), non può consentire, non conciliarsi, non transigere: ciò è naturale. Si è preferito un linguaggio generale e l'enunciazione del principio a quel sistema di esclusione che usarono altri Codici, e specialmente il francese: saggia e prudente economia! *Sono incapaci di contrattare i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, le donne maritate, e generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti* (art. 1106 del Cod. civ.). Materia sulla quale *è vietata la transazione* è certamente quella che non *può esser oggetto di contratto*. Il Codice civile esclude dalla facoltà contrattuale: 1° le cose che non sono in commercio; 2° le cose che, essendo nella loro specie indeterminate, non sono altrimenti determinabili, art. 1116, 1117 (Leg. 94, 96, 115 Dig. de verb. o.). Sono pure escluse non assolutamente ma relativamente le cose future, art. 1118 (Leg. 8, 34 § 2; Leg. 78, § ult. Dig. de contrah. empt.; Leg. 31 Dig. de oblig. et act.; Leg. 35, 69, 97 de verb. o.).

2. Ma quali sono le cose che non vengono in commercio? Gli antichi le compresero nella famosa *rerum divisio* delle Istituzioni di Giustiniano. Bisognava definire, com'essi fecero, le cose dalla loro natura. Quali sono le cose *jure naturali omnium communes*, le *res nullius*, le *sanctæ et religiosæ* fuori di commercio? Noi non possiamo chiederlo che alla scienza.

3. L'ultima parte dell'articolo corrisponde all'art. 316 dello stesso Codice. *V.* l'ANNOTAZIONE all'art. 316.

4. **Questioni.** — *a) Può chiamarsi in conciliazione il minore emancipato senza l'assistenza del curatore?* No: perchè l'atto sorpassa la sua capacità civile e la sua facoltà semplicemente amministrativa (art. 317, 318 del Cod. civ.). Alla validità dell'atto sarebbe di poi necessaria l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, ed in dati casi l'omologazione del Tribunale (art. 319 del Cod. civ.).

b) Può chiamarsi in conciliazione la donna maritata, autorizzata dal marito a stare da sè in giudizio? Qui si tratterebbe invece dell'autorizzazione a transigere, perchè la conciliazione si parifica alla transazione. La dottrina francese più ricevuta è negativa (BONCENNE, t. II, p. 18; FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 622 e 623; BOITARD, t. I, p. 88; CHAUVEAU in CARRÉ, art. 49; THOMINE DESMAZURES, t. I, p. 131). Diversa è la sentenza di CARRÉ (art. 49) e di DALLOZ (t. III, p. 719, nota). Quanto a noi converrà distinguere. L'autorizzazione del marito non è necessaria nei casi dell'art. 135 del Codice civile; ma è indubitatamente necessaria secondo l'art. 134, eccetto che la moglie non sia munita di un mandato, *anche generico*, a transigere (art. 134, suddetto).

c) Può chiamarsi in conciliazione l'erede beneficiario? Finchè mantiene questa veste, è cosa inutile: non può transigere: non è che un amministratore dell'eredità della quale deve render conto (Leg. 10 ed ult. § 4 Cod. de jure delib., art. 969 del Cod. civ.; PIGEAU, *Comm.*, t. I, p. 14; FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 625; DALLOZ, t. III, p. 707; THOMINE DESMAZURES, t. I, p. 131; BONCENNE, t. II, p. 17; BOITARD, t. I, p. 89; CARRÉ-CHAUVEAU, art. 49, 207, *bis*). A maggior ragione deve dirsi questo stesso rapporto *al curatore di un'eredità giacente*, tanto più che, contro ciò ch'era disposto nel diritto romano (Leg. 3 Cod. de postlim. revert.), oggidì non dà cauzione (Leg. 15 Dig. de rebus auctor. jud. possid.; Leg. 2 § 1; Leg. 3 de curat. bon. dand.; Leg. 1 Cod. ubi de ratiocin. tam publ., art. 980 del Cod. civ.).

Articolo 3.

La richiesta per la conciliazione è fatta anche verbalmente al conciliatore del comune in cui una delle parti che si vuole chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio, o dimora, ovvero si trova la cosa controversa.

Annotazioni.

1. Nell'art. 1 si disse che i conciliatori dovevano *esser richiesti*: ora si dice che la richiesta può esser *verbale*. Impariamo dall'articolo che c'è *un conciliatore del Comune*. Vi è forse un conciliatore in ogni Comune? o si è voluto dire che la *richiesta* viene fatta al conciliatore che siede *nel Comune* o *nel Comune più prossimo?* E questo pare. Un nuovo Regolamento organico assegnerà il suo posto a questa magistratura così recente e così utile. L'articolo determina la regola della competenza locale. Basta che *una delle parti* da chiamarsi abbia *residenza*, *domicilio* o *dimora* nel Comune (la gradualità di queste sedi, più o meno fisse, è dichiarata nell'art. 139). È una *facoltà* dell'invitante eleggere il magistrato del Comune ove la parte da citarsi ha sede personale; ovvero esista la cosa controversa (*V.* le Note all'art. 93, ove non di facoltà si tratta, ma di obbligo a stabilire la competenza).

2. **Precedenti storici.** — L'articolo 50 del Codice di procedura francese discerne tre categorie di azioni: 1° reali e personali; 2° azioni sociali; 3° azioni successorie (quei dotti non ricordarono che OMNIUM *actionum... summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt aut in personam.* Institut., de action., § 1), e statuiscono competenze diverse. Con ciò si rendeva difficile qualche volta, e qualche altra molto disputabile, il giudizio conciliatorio. Presso di noi le formalità diminuiscono in ragione della diminuita sua importanza. Nel sistema piemontese del 1854 non si trovano e non si devono trovare disposizioni a ciò relative. *La conciliazione non era che un incidente del giudizio mandamentale* (art. 57).

3. **Questioni.** — *a) Se più sono gli attori, devono tutti concorrere nella domanda onde l'esperimento possa aver luogo?* Senza dubbio, se l'azione è unica, o se le azioni sono connesse. (Quanto alla nozione della connessità *V.* l'art. 104.)

b) Se tra più attori uno è capace e l'altro no, tentandosi dal capace l'esperimento della conciliazione, potrà questo aver luogo? Si deve risolvere nel modo superiormente espresso. Osservare se l'oggetto sia divisibile o indivisibile (*Cassat. franç., Journ. Av.*, t. L, p. 146). Giudizi inutili non se ne fanno: ecco il principio. Ogni cittadino ha diritto di non esser molestato (principio di libertà morale) se non per uno scopo giuridico.

Articolo 4.

Gli avvisi alle parti per le conciliazioni sono scritti dal cancelliere, che indica in essi l'oggetto e il giorno per la comparizione.

Il messo del comune notifica questi avvisi lasciandone copia alla persona, o alla residenza, o al domicilio, e alla dimora, e il cancelliere nota sull'originale la seguita notificazione.

Gli avvisi originali si consegnano alla parte istante.

Annotazioni.

1. Sono *avvisi* e non *citazioni*. La parola è ben trovata a spogliar l'atto d'ogni carattere di ostilità. S'intende che il *cancelliere* (ci rallegriamo di questa nuova denominazione surrogata a quella impropria di *segretario*) ha avuto l'ordine dal giudice. Il termine non può non essere arbitrario, data la distanza e la qualità dell'affare. È il messo del Comune, perchè ogni Comune ne ha uno: non si parla di relazione che abbia a fare sull'originale *che deve consegnare alle parti istanti:* ma è ben semplice che così deve farsi. Sia pure *un messo del Comune*, ma egli solo può attestare del proprio fatto, e il cancelliere non può farsene garante. Poche formalità, va bene: ma la logica dei fatti! Tanto più se ne convince chi osservi che la legge non ha dimenticato *di prescrivere l'ordine delle notificazioni* nelle graduali combinazioni *della persona, della residenza, del domicilio, della dimora.* Insisto in questa osser-

vazione, poichè (sono parole del Pisanelli) « quantunque la notificazione della richiesta fatta da una delle parti *non costituisca riguardo all'altra un vero atto di citazione* perchè essa non è obbligata a comparire, *tuttavia la richiesta notificazione inchiude potenzialmente la domanda per la ricognizione di un diritto* » — ed ha l'effetto d'interrompere la prescrizione, come vedremo più avanti (*V.* art. 139).

2. **Questioni.** — *a) Se non tutte le parti invitate sono reperibili nel giro del Comune, e ivi non abbiano nè residenza, nè domicilio, nè dimora, si procede tuttavia ed ha luogo l'esperimento?* Qui si entra in una questione molto grave per la sua novità. Essa già fu sollevata in Francia nel proposito di citare in conciliazione uno straniero. Si ricorda una decisione della Corte di Metz (*Journal Av.*, t. VII, p. 286) che professò non doversi in tal caso esperire la conciliazione. La Corte di Cassazione fu nell'opinione contraria (*Journal Av.*, t. VIII, p. 668): e la sua sentenza fu approvata da FAVARD DE LANGLADE (t. IV, p. 625) e da CHAUVEAU (art. 49, quest. 207, 4, in CARRÉ). Io pure non avrei dubbio sul punto di vista della legislazione francese, e secondo il suo spirito. Ivi l'esperimento conciliativo è uno dei fondamenti del sistema; e vi si deve necessariamente attribuire una grande importanza. Nel nostro sistema invece il tentativo della conciliazione è una pura e semplice spontaneità della parte desiderosa di evitare un litigio. Non possiamo noi elevare l'*avviso*, l'invito a conciliarsi, alla forza e gravità di un atto di citazione. Non credo possibile che, dovendosi adempiere tutte le formalità prescritte dall'art. 140 (*V.* le Note al detto articolo), tutto ciò sia compatibile colla natura semplice e famigliare di questo giudizio. Dove mai ne andrebbe il *messo del Comune?* come dovrebbe invocarsi il ministero di altri ufficiali pubblici che non avrebbero competenza a notificare simili atti? e come si riparerebbero tante spese? e come il giudice di conciliatore sarebbe competente, ammesso ancora che uno degli invitati appartenga al suo Comune? e come potrebbe estendere a uno straniero la sua influenza quasi locale?

b) Se tra gl'invitati alla conciliazione vi fossero persone incapaci, avrebbe luogo l'esperimento rispetto alla persona capace? La risposta è negativa.

c) Nel supposto che si trattasse di conciliarsi sopra una convenzione in cui si è eletto il domicilio, può in questo notificarsi l'avviso? No; si uscirebbe dal disposto di questo articolo; e il 140 (*V.* appresso) non si applica che alle contestazioni giudiziali.

d) Se si devono invitare abitanti fuori del Comune, a una certa distanza, il termine da assegnarsi sarà regolato secondo le norme degli articoli 147 e 148? (*V.* a quegli articoli). Non credo. Il termine in conciliazione è arbitrario e discrezionale.

e) Che avviene, se l'avviso manca della sua intrinseca formalità, la chiara dichiarazione dell'oggetto? Le nullità propriamente tali non si conoscono in questo giudizio, ma il conciliatore rettifica l'avviso e si manda di nuovo in forma più regolare (FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 625; BONCENNE, t. II, p. 28; BOITARD, t. I, p. 136).

Articolo 5.

Le parti possono farsi rappresentare nelle conciliazioni da persona munita di mandato speciale per quest'oggetto, e autentico.

Se alcuna di esse non comparisca nel giorno e nell'ora stabiliti, non si ammettono altre richieste per la conciliazione, salvo che siano fatte da tutte le parti.

Annotazioni.

1. L'indole spiccia e famigliare di questa istituzione si palesa in ogni punto. L'obbligo di comparire in persona è correlativo al carattere di quella che è adottata in Francia. L'attore deve spiegare tutta l'efficacia della sua comunicazione diretta e verbale; il giudice può interrogarlo, può volere degli schiarimenti; le parti si mettono a confronto. Quanto al citato vi è un lato coattivo; è l'obbligo di presentarsi e accettare la discussione proposta dall'attore sul terreno conciliativo. La legge francese si mostra interessata affinchè l'accomodo riesca; la nostra è indifferente. Quindi nessuna pena a chi non comparisce; non multa (art. 56 del Cod. di proc. franc.), non conseguenza d'altra sorte; se niuno comparisce, il tentativo svanisce, e non si ripete, *salvo che la domanda non sia fatta da tutte le parti.*

2. **Questioni.** — *a) Il marito potrà agire in conciliazione nell'interesse della moglie come suo mandatario presunto?* La quistione nacque in Francia, attesa la conforme disposizione del-

l'art. 16 della Legge 27 marzo 1791. La *presunzione* che milita a favore della podestà maritale, fu ritenuta nel semplice rispetto *delle azioni possessorie e mobiliari*, in forza dell'art. 1428 del Codice civile francese; esclusa quindi affatto la materia immobiliare (CARRÉ, all'art. 53; PIGEAU, *Comment.*, t. I, p. 140). Lo spirito di quella legge che attribuiva al marito tale facoltà indipendente, era principalmente *conservatorio* (così si rileva dall'ultimo alinea del detto articolo 1428). Noi non troviamo riportata la sostanza di quest'articolo nel nuovo Codice. Ma vi è di più per negare al marito, nella sua pretesa qualità di mandatario legale, la facoltà di rappresentare la moglie nel processo conciliativo. O trattasi di dote (art. 1407 del Cod. civ.) o di beni parafernali (art. 1428, 1431) o di beni in comunione coniugale (art. 1438), il marito è sempre inabilitato dalla legge a transigere. Si aggiunge la chiara espressione dell'articolo che, imponendo il *mandato speciale*, esclude il *mandato puramente legale*.

b) Un mandato a comparire equivale ad un mandato a transigere agli effetti di questo articolo? Sebbene, come si è detto, la legislazione in Francia non fosse diversa, alcuni autori, il BIRET e PIGEAU, per es., e il CARRÉ (*Analisi*, quest. 127), che mutò avviso di poi, opinarono che il *mandato a comparire* importasse la facoltà di transigere, non potendo esser altro l'oggetto della comparsa. Ma è certa, anche nella opinione dei più, la soluzione contraria (CARRÉ, all'art. 225; BERRIAT, p. 189; BONCENNE, t. II, p. 39; FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 627; DALLOZ, t. III, p. 708, n° 20; THOMINE DESMAZURES, t. I, p. 136; CHAUVEAU in CARRÉ, art. 54; BOITARD, t. I, p. 141).

d) Le udienze sono pubbliche? Il dubbio è nell'art. 32, in princ. = *Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche sotto pena di nullità.* Così ritenne anche il BERGIER (*Manuel de Inst. de paix*, p. 30); CHAUVEAU (v° *Conciliation*, t. VII, n° 265), e forse il FAVARD e CARRÉ. Ma non doversi simile processo confondere con un vero dibattimento giudiziario disse egregiamente, secondo me, il DALLOZ (v° *Conciliation*, t. III, p. 108). — Rapporto a quella funzione il conciliatore non è a rigor di parola un'*autorità giudiziaria*.

e) La comparizione sana qualunque difetto di forma e anche il difetto di competenza? Essendo in Francia decisa l'affermativa (PIGEAU, *Comment.*, t. I, p. 146; BONCENNE, t. II, p. 32; CARRÉ, art. 55, quest. 234), molto più secondo la nostra legislazione deve ritenersi.

Articolo 6.

Quando le parti siansi conciliate, si forma processo verbale che contenga la convenzione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal conciliatore, e dal cancelliere.

Se le parti, od una di esse, non possano sottoscrivere, se ne fa menzione indicando il motivo.

Se una delle parti ricusi di sottoscrivere, la conciliazione si ha per non avvenuta.

Non riuscendo la conciliazione, il cancelliere ne fa menzione in apposito registro.

Annotazioni.

1. Una cosa sola è veramente necessaria secondo questo sistema: la dichiarazione formale, esplicita, precisa dell'avvenuta conciliazione. Essa, come vedremo or ora, ha i suoi importanti effetti giuridici. Quindi non vi ha *processo verbale*, non munito di quelle formalità che lo fanno essere, cioè *la sottoscrizione delle parti, del conciliatore e del cancelliere*, se non nel caso di buon termine. Ove *la conciliazione non riesca*, basta *la menzione del cancelliere in apposito registro*. Nel sistema francese all'incontro il *processo verbale* è sempre necessario (art. 54 del Cod. di proced. civ.); e ciò per la ragione unica che *dev'essere formalmente constatato il regolare esperimento di conciliazione, che per noi è volontario*. Posto adunque che accordo non si faccia, nulla si scrive e nulla si registra fuorchè questo solo: che l'accordo non fu fatto.

2. **Precedenti storici.** — Vi fu un tempo in cui si teneva nota di certe dichiarazioni, di certe agnizioni e confessioni che sfuggivano al convenuto (e comparivano poi nel giudizio come materiali per convincerlo debitore); tal era il disposto della Legge 24 agosto 1790. Il

Codice di procedura civile francese ordinò soltanto *una enunciazione sommaria nel processo verbale che le parti non hanno potuto conciliarsi*. TOULLIER si diede a sostenere che il Codice di procedura non aveva derogato a quella legge, di cui vantò anche la saggezza (t. VIII, p. 120). CARRÉ (all'art. 54, quest. 228) e FAVARD DE LANGLADE (t. I, p. 630, 631) dividono l'opinione di Toullier. Male però quegli illustri nomini compresero lo spirito della nuova legge (LOCRÉ, *Discussione di quest'articolo al Consiglio di Stato*, t. XXI, p. 247 e seg.): spirito di progresso giudiziario e sintomo di libertà non essendo in verità nè logico nè onesto, bisogna dirlo, di pregiudicare la difesa di una parte che, sotto colore di conciliazione, si trovò in momentaneo contatto coll'altra. Tengono, secondo me, l'interpretazione vera CHAUVEAU in CARRÉ (art. 228, quest. 228), PIGEAU, *Comm.* (t. I, p. 150), THOMINE DESMAZURES (t. I, p. 138), BOITARD (t. I, p. 140), che pensano non dovere riportarsi nel processo di non-conciliazione le cose compromettenti la futura difesa di taluna delle parti. Il Codice di procedura civile sardo del 1854 osservando lo stesso silenzio che il francese, non poteva sollevare le stesse dispute. Non aveva esso dietro di sè, come suo antecessore immediato, l'art. 3 del titolo X della Legge del 24 agosto 1790. Ma dal non essere il giudice obbligato ad inserire le dichiarazioni e confessioni, al non poterlo fare, ci correva; e di fatti nel *Commentario del Cod. civ. sardo* del 1854 (vol. 1, p. II, § 227) si propose quest'ipotesi, e si domandò quale sarebbe il valore di siffatte dichiarazioni e confessioni, dato che la parte le avesse affermate colla sua medesima sottoscrizione nel processo verbale? Lo scrittore di quel trattato opinò potervisi attribuire il valore di *confessioni stragiudiziali:* e non a torto, io penso, secondo quella legislazione.

Ora siamo iti più avanti. La felice omissione di ogni verbale di non-conciliazione rende impossibile qualunque anticipazione, sempre irregolare sul futuro giudizio, qualunque annotamento ed ogni questione.

Articolo 7.

Quando l'oggetto della conciliazione non ecceda il valore di lire trenta, il processo verbale di conciliazione è esecutivo contro le parti intervenute, al quale effetto il conciliatore può autorizzarne la spedizione della copia nella forma stabilita per le sentenze.

Se l'oggetto della conciliazione ecceda il valore di lire trenta, o il valore sia indeterminato, l'atto di conciliazione ha soltanto la forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Annotazioni.

1. La conciliazione è avvenuta, e si suppone valida. Ora si tratta dell'efficacia giuridica che dev'esserle attribuita. Spetta al conciliatore il conoscere se abbia i caratteri di una transazione perfetta, incondizionata ed eseguibile; e visto tutto ciò, e stabilito che il suo valore non eccede lire trenta, *autorizza la spedizione*, ecc. La sua *facoltà è dunque di apprezzamento:* non si estende a negare l'esecuzione se la transazione ha gli opportuni requisiti. Non è una sentenza, ma ha gli effetti tutti e proprii d'una sentenza passata in autorità di cosa giudicata. Questa disposizione che per noi è affatto nuova, ha la sua relazione ad una giurisdizione pur nuova, quella dei *conciliatori*, limitata a lire trenta (art. 70). La tenuità del valore fu cagione che la conciliazione si qualificasse *non solo come un fatto compiuto* e valevole nel genere suo, ma eziandio *come un fatto giudicato* atteso l'intervento autorevole del conciliatore, *che* SOLO *in quell'atto funziona quale autorità giudiziaria.* Evidente è la differenza fra l'efficacia attribuita alla transazione di lire trenta a quella di entità maggiore; l'utilità economica di tal metodo pei piccoli debiti è palese, ed in questo si modifica il noto criterio delle legislazioni di parificare *il processo verbale autentico di conciliazione alla forza d'una scrittura privata riconosciuta in giudizio*, criterio pure ritenuto per regola generale nella nostra legge, con aperto riferimento all'art. 1320 del Codice civile, e all'art. 295 del Codice di procedura civile.

2. **Precedenti storici.** — Il Titolo finisce coll'art. 7. Notabilmente più breve, si passa di certe disposizioni gravi che sembrano attribuire all'Istituto francese una ben maggiore importanza. L'art. 55 di quel Codice di procedura parla di *giuramento da deferirsi:* l'art. 57 del Diritto *d'interrompere la prescrizione e di far decorrere gl'interessi, che è annesso alla citazione per conciliazione, purchè la domanda a*

Digitized by Google

comparire in giudizio sia fatta entro un mese dal giorno della non comparsa o della non seguita conciliazione. Il Codice sardo del 1854 si era imposto tali limiti, che non è maraviglia se non conteneva disposizioni così estese. La transazione (conciliazione) non poteva seguire, come già si disse, che nella misura della causa mandamentale, e l'art. 57 diceva netto che l'atto formale della conciliazione *aveva l'effetto della sentenza.*

3. **Questioni speciali all'art.** — *a) Quale norma seguirà il conciliatore nel determinare il valore?* Egli farà quello che farebbe ogni altro giudice, e seguirà le norme degli art. 70, 72, 73, 74, 76, 77, 78, e relativi.

b) La sua sentenza è motivata? Egli non pronuncia sentenza propriamente tale, ma sopra istanza della parte emana un ordine al suo cancelliere in conformità dell'art. 7, nella più semplice forma; risponde negativamente se è il caso.

c) Se il conciliatore ha errato, o si crede abbia errato, dichiarando il valore e rilasciando l'ordine esecutivo, si farà luogo ad appello? Non ne dubito (a qual Tribunale lo vedremo a suo luogo). Così si ritenne anche nel *Commentario del Codice di procedura sardo*, del 1854 (vol. 1, p. II, n° 259).

d) Se la transazione si crede nulla o per incapacità degl'intervenuti o per altro vizio, si provvede pure coll'appello? Distinguo: o l'atto fu rivestito d'ordine esecutivo, in tal caso non può provvedersi che coll'appello, avendo già il carattere di sentenza; o non esiste che il processo verbale di conciliazione perchè trattasi di somma maggiore, potrà essere impugnato con quelle azioni ed eccezioni onde s'impugnano le transazioni che si credono erronee e nulle (*Commentario* suddetto, n° 263).

e) Stabilito l'accordo, il contratto che ne consegue di vendita, per es., di locazione, di divisione, è regolare nella sua forma inserto che sia nel processo verbale? Osservò a suo tempo Berriat Saint-Prix (p. 190, n° 25), che il giudice di pace è bensì un uffiziale pubblico, ma non ha qualità per ricevere gli atti volontarii come un notaio; ma fu contraddetto per la ragione che non è possibile distinguere tra l'atto con cui le parti consentono nella transazione, e la transazione stessa per l'effetto di farla redigere per mano di un notaio. Il processo verbale contenendo le condizioni dell'accordo, sia pure questo accordo un contratto qualsivoglia, purchè si possa fare con scrittura privata, è nel suo genere compiuto e perfetto (Pigeau, *Comment.*, t. I, p. 150).

f) L'ordinanza che rende esecutivo l'atto di conciliazione, produce ipoteca? Sì (art. 1970 del Cod. civ.).

g) Produce ipoteca l'atto di conciliazione nella quale esiste obbligazione superiore a lire trenta? Fu già questione imperando l'articolo 2123 del Codice Napoleone, e l'art. 2178 del Codice Albertino. Il nuovo Codice non riproduce quella disposizione che deve ritenersi abolita.

4. **Questioni generali.** — *a) Se una delle parti lo richiede, il conciliatore può deferire giuramento all'altra parte?* V. art. 55 del Codice di procedura francese. Delaporte (t. I, p. 52) considerava un tal giuramento (secondo quella giurisprudenza ammissibile) come preparatorio, contro Pigeau, il quale non esitò a tenerlo anche suscettivo degli effetti di un giuramento decisorio. È mio avviso che una tale facoltà non sia accordata nel nostro sistema al conciliatore, nè possa per organo suo esperirsi questo o altro mezzo di prova.

b) L'istanza in giudizio di conciliazione interrompe la prescrizione? Tanto la domanda che la comparsa volontaria in conciliazione la interrompe (art. 2125 del Cod. civ., alin.). Se non comparisce il chiamato, è necessaria condizione alla prescrizione che segua la domanda giudiziaria *nel corso di due mesi* (art. suddetto). Il termine è invariabile per ogni distanza (Favard de Langlade, t. I, p. 632, n° 3; Thomine Desmazures, t. I, p. 141; Carré, all'art. 57, quest. 248). Se non segue la citazione nel termine, come complemento dell'atto interruttivo, la prescrizione non è interrotta; ma il punto della interruzione risale in questo caso al giorno della chiamata.

c) Ma che s'intende per compenso o presentazione volontaria? È sempre volontaria la presentazione in fatto di processo conciliatorio.

d) Se la materia non è suscettibile di transazione, la domanda interrompe del pari la prescrizione? No certamente: è atto frustratorio e incapace di effetti giuridici (Chauveau in Carré, art. 57, quest. 248, bis).

e) Corrono adunque gl'interessi dalla domanda in conciliazione? Non credo, ma solo dal momento in cui ha luogo la domanda espressamente formulata avanti il giudice contenzioso. Benchè l'art. 57 del Codice di procedura civile francese sia esplicito, è pur questa l'opinione dei migliori autori (Thomine, t. I, p. 143; Boitard, t. I, p. 165; Chauveau in Carré, art. 57, quest. 252).

CAPO II.

DEL COMPROMESSO

OSSERVAZIONI GENERALI

Il legislatore ha attribuito una speciale importanza a questa istituzione, e vi ha speso le cure più diligenti. Il principio di libertà si manifesta nel parteciparlo anche alle persone soggette a tutela, sotto lo scudo delle debite cautele e garantie; nel diminuire agli eleggendi le qualità impedienti; nel lasciare alle parti la facoltà del numero degli arbitri, purchè in numero dispari, per evitare lo scoglio della parità nei pareri; nella forma libera e sciolta delle procedure; nel concedere un certo moderato arbitrio di compromettere i diritti eventuali nella facoltà di rinunziare all'appello e al ricorso in cassazione. Il legislatore prudente ha poste tutte queste concessioni sotto il freno della legalità ben intesa e razionale nel limite degli oggetti arbitrabili, nel rispetto di certe forme prime ed essenziali, senza cui la libertà è licenza e pericolo; nel sostituire la stessa legalità, quale norma costante del retto giudicare, al silenzio delle parti; nel vietare la rinunzia a certi rimedii supremi, custodi della moralità dei giudizi, come quello della rivocazione.

Articolo 8.

Le controversie si possono compromettere in uno, o più arbitri in numero dispari.

Non si possono compromettere le quistioni di stato, di separazione tra coniugi, e le altre che non possono essere transatte.

Annotazioni.

1. L'articolo 8 suppone la nozione del *compromesso*, a differenza del 1103 del precedente Codice che la definiva. *Non vi dev'essere parità di suffragi;* inconveniente che ha riempito il foro francese di teorie e di questioni. Quindi il numero *dispari* è divenuto un principio. L'alinea abbraccia tutta la materia inalienabile, cominciando *dalle questioni di stato e dalla separazione dei coniugi.* (Quanto alle materie *che non possono esser transatte*, in relazione al Codice civile, *V.* l'articolo 2). È degna di nota quella espressione: *e le altre che non possono esser transatte*, parificando il compromesso alla transazione; per altro noi aggiungiamo, rispetto *alla materia* non *alla facoltà*, che sarà spiegato all'articolo seguente, quest. 6.

2. Precedenti storici. — L'istituzione arbitramentale è un monumento della sapienza romana, che non si trova a frammenti, ma nella sua pressochè completa integrità nel Tit. de receptis qui arbitrium receperunt. Nel medio evo, in quasi tutti gli Statuti, il compromesso forzato apparve come un rimedio del Potere civile tra i rancori e le liti dei parenti (Blancus, *De compromiss.*, quest. 1). Ma compromesso forzato non è che il giudizio contenzioso, meno la libertà. Anche la Legge francese del 21 agosto 1790 (tit. x, art. 12) impose il compromesso in cause tra congiunti avanti giudici congiunti, quasi senza formalità, alla buona, come in famiglia. Le leggi del 5 novembre 1790 e gli art. 13 e 14 della Legge 27 marzo 1791 estesero la disposizione, *mutatis mutandis*, alle cause dei Comuni. Rientrando nell'ordine della libertà, la Legge 14 settembre 1791 instaurò il *compromesso volontario.* Abolita dal Consiglio dei cinquecento colle Leggi 4 e 9 ventoso, anno IV, la legislazione arbitramentale rinvi-

gorì colla Legge 17 ventoso, anno VIII. Quanto al diritto canonico sono a vedersi i capi 1, 6, 7, 10, 11, 12, 14, *de arbitris*. L'organizzazione di questo Titolo, passando dal Codice di procedura francese a quello sardo del 1854 (e abbracciato dalla generalità degli altri Codici italiani), ha subito poche modificazioni; si è però venuto di mano in mano migliorando. L'*arbitramento commerciale* (art. 692 e seg. del vigente Codice di commercio) non è quindi una specialità o un privilegio del commercio, ed è pure spontaneo (in qualche Regolamento italiano era imposto, ma gli arbitri avevano più che altro, come nel pontificio, l'ufficio di liquidatori); soltanto la procedura commerciale è in qualche parte ancora più semplice o piana.

3. **Questioni.** — *a) Si possono compromettere le controversie sugli alimenti?* L'articolo 1004 del Codice di procedura civile francese ne fa espresso divieto. Il nostro sfugge di pronunciarsi su questo punto, e si contenta d'una disposizione generale. La celebre Leg. 8 Dig. de transact. non vieta in principio la transazione sugli alimenti, ma specialmente sui *legati di alimenti*. Malgrado la chiarezza dell'articolo 1004, qualche contraddittore c'è pure tra i francesi (MERLIN, *Nouv. Répert.*, v° *Aliments*). Nell'art. 1064 del Codice di procedura sardo del 1864, e nel 1104 di quello del 1859, le *donazioni e legati di alimenti, abitazione e vestiario*, erano nominatamente esclusi dal compromesso. Il nuovo Codice, tacendo, ha derogato a quelle disposizioni? *Io mi pronuncio francamente per la negativa.* Sia perchè la materia è di sua natura inalienabile, sia perchè l'articolo nella sua formola generale può benissimo comprenderla.

b) Che deve dirsi degli alimenti arretrati? Anche gl'interpreti del diritto romano professano che la materia è cessibile e alienabile (SURDI, *De alien.*, passim), e tra i francesi MONGALVY, *Arbitrage*, n° 186; GOUBEAU, t. I, p. 70 e 76; DALLOZ, THOMINE, ecc.). *V.* però all'art. 71.

c) Del compromesso contra bonos mores. Il Codice civile si è arrestato innanzi alla multiforme varietà dei fatti contrarii ai buoni costumi, sui quali non è onesto il transigere, o non si può compromettere. Lo stesso diritto romano che, raccogliendo esempi sopra esempi e specie giudicabili, percorse in grande il campo della pratica, non definì ogni caso, non dettò una teoria generale nelle tante leggi che percuotono, con un rigore che onora quei giureconsulti, le convenzioni contrarie ai buoni costumi (Leg. 7 § 3, 14, 16; Leg. 27 § 4; Leg. 28 Dig. de pactis; Leg. 5 prin. de pact. dotal.; Leg. 70 in fin. de fidejuss.; Leg. 57 pro socio; Leg. 35 § 2 Dig. de contrah. empt.). Sono esempi: non potersi contrattare *sulla libertà dei matrimoni* (Leg. 71 § 1 de condit. et demonstr.; Leg. 134 Dig. de verb. obl.); sul premio della guarigione in corso d'infermità (Leg. 3 de extraord. cognit., Leg. 9 Cod. de profess. et med.); sul quoto della lite a favore dell'avvocato (Leg. 53 Dig. de pactis, ecc.).

d) Compromesso sui diritti eventuali e futuri (Codice civile, art. 1118). « È permessa la rinuncia ai diritti che formano parte del patrimonio, non a quelli che, essendo puramente eventuali, costituiscono una semplice aspettativa; non si può rinunziare alla successione non ancora aperta, o alla prescrizione non ancora acquistata. Sarebbe nullo il patto col quale il successibile rinunziasse al diritto d'impugnare una disposizione vietata dalla legge mentre il testatore è ancora in vita; nulla sarebbe qualunque altra convenzione sopra le ragioni e gli oggetti ereditarii, mentre la successione non è ancora devoluta ». *Relazione Pisanelli.* La *spes in causa de futuro.* Ciò è conforme ai principii del diritto romano (Leg. 2 § ult. Dig. de his quæ ut indign.; Leg. 29 § ult.; Leg. 30 de donat.). Il diritto moderno, rigettando le antiche distinzioni (*V.* Leg. 15, e specialmente l'ultima Cod. de pactis), ha semplificato la teoria che presso i professori del diritto romano fu molto combattuta.

Articolo 9.

Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione.

Annotazioni.

Questioni. — *a) Il minore regolarmente emancipato ed abilitato secondo l'articolo 2 del Codice di commercio, può compromettere qualunque controversia pertinente al suo traffico?* L'affermativa non può esser dubbia.

b) Un mandatario a transigere sarà per ciò stesso vestito della facoltà di compromettere? Sono facoltà affatto diverse: la prima inchiude il potere di transigere direttamente, a carte scoperte, come suol dirsi, a patti chiari e tra le

Digitized by Google

parti combinati; e l'altra è la facoltà molto più seria di deviare le garantie che a tutti i cittadini sono assicurate nella capacità dei magistrati e nella pienezza delle forme processuali, derogandovi per maggiore speditezza di giudizio. Ma chi sa con quanto pericolo! (CARRÉ nella quest. sopracit., *Cassat. Journ. Pal.*, 3ª ediz. t. XV, p. 49).

c) *Deve rispondersi ugualmente rapporto al gerente di una società commerciale?* Primieramente convien distinguere tra *società civili* e *commerciali*. Rispetto a quelle è incontestato che, generalmente parlando, salvo un mandato speciale, il gerente o rappresentante la Società per gli affari comuni non può compromettere le controversie sociali, obbligando così i proprii socii (art. 1726 del Codice civile). Rispetto alle società di commercio, è d'uopo ancora distinguere. Nella società in nome collettivo (art. 30 e seg. del Codice di commercio) il socio o gerente della società, munito di ogni facoltà per obbligare i socii, ha pur quella di compromettere le controversie sociali (VATIMESNIL, p. 599, nº 109; DEVILLENEUVE e MASSÉ, *Dictionnaire comm.*, vº *Compromis*, nº 4). Ma quanto alle altre società commerciali, non escluse le *associazioni in partecipazione* (da patti speciali in fuori) malgrado qualche opinione diversa, ritengo che niun funzionario della società sia munito di questa abilità generale; la quale abilità non appartiene neppure al liquidatore di una società disciolta (MONGALVY, p. 156, nº 181; DEVILLENEUVE e MASSÉ, vº *Compromis*, nº 5).

d) *La facoltà di compromettere è accordata al sindaco di un fallimento?* In principio generale non si riconosce tale facoltà (PARDESSUS, nº 1388; VATIMESNIL, nº 122, 123), eccettuati secondo il MONGALVY (*Arbitrage*, nº 183, 184) questi due casi, o di liquidazione di sostanze sociali entrandosi nella sfera dell'arbitramento coattivo, o di mandato dei socii: che vale il dire non avere in effetto il sindaco del fallimento, per la sua propria qualità, il potere di compromettere.

e) *Se il curatore dell'assente abbia la facoltà di compromettere.* Non essendo altra cosa che un amministratore transitorio ad effetti speciali (art. 121 del Codice civile), non può compromettere; ciò è risoluto anche rapporto a quelle legislazioni che attribuivano al curatore dell'assente facoltà più estese (Codice Napoleone, art. 112; MONGALVY, nº 172; GOUBEAU, t. I, p. 146; CARRÉ, art. 1003, quest. 3257). La nuova nostra legislazione civile ha favorito di più la libertà dei successibili, i quali per altro non avranno veste per questo od altro atto di alienazione che *dopo il possesso definitivo* (art. 37 del Codice civile).

Articolo 10.

Chiunque, cittadino o straniero, può essere nominato arbitro.

Non possono essere arbitri le donne, i minori, gl'interdetti, e coloro che esclusi dall'uffizio di giurato per condanna penale non furono riabilitati.

Annotazioni.

1. Lo spirito di libertà che informa il presente articolo è manifesto. Messo a confronto col suo antecessore immediato (art. 1105 del Codice di procedura del 1859), rientrano nel diritto attivo di arbitrare *gli ufficiali dell'ordine giudiziario e del pubblico Ministero*, *le persone residenti all'estero*, *gli stranieri anche non residenti* (ossia non esistenti) *nello Stato*. Ritirato quella specie di bando nè ragionevole nè civile contro gli stranieri, il Codice nuovo si limita alla condizione *della territorialità* (*V.* appresso, art. 22). Nelle persone degli arbitri noi dobbiamo cercare la capacità, la probità: ecco tutto. A fronte di una volontà determinata di tutte le parti interessate, non ci può essere altra incompatibilità possibile. Una conferma di ciò che si è detto di sopra *rispetto agli ufficiali dell'ordine giudiziario*, si ha nel nº 9 dell'art. 116, ove fra le cause di ricusazione vi ha quella *di essere stato arbitro*.

Il Codice di procedura civile francese non faceva esclusioni; ma perchè delle esclusioni sono assolutamente inevitabili, la dottrina e la giurisprudenza riempiono non senza dispute il vuoto, come di solito avviene. L'art. 10, che io lodo ancora pel suo spirito, e lo vedremo or ora nelle questioni, non è fatto bene; lascia qualche dubbio troppo grave perchè il redattore non dovesse evitarlo.

2. **Precedenti storici.** — Nel diritto romano erano esclusi dalla funzione di arbitro gli schiavi (Leg. 7 § ult., e Leg. 9 de receptis arbitr.), le femmine (Leg. ult. Cod. eod.), i minori d'anni venticinque, i furiosi, i sordo-muti (Leg. 3 in princ. e Leg. 9 § sed neque Dig. eod.); chi ha interesse nell'affare (Leg. 9 § si quis).

Digitized by Google

Del resto, fosse l'arbitro ingenuo o libertino, *integræ famæ aut ignominiosus*, importava poco: le parti lo avevano voluto (Leg. 7 Dig. eod). Altri *non cogebantur sententiam dicere*. Anche le persone consolari e per qualunque dignità insigni dovevano pronunciare una volta assunto l'ufficio, salvochè magistrato o esercente pubblica podestà, o giudice naturale e proprio di quella questione (Leg. 9 detta); ma nella eccezione non erano compresi i magistrati inferiori (Leg. 3, 4 Dig. eod.). Chierici e sacerdoti, come quelli che erano vestiti di alta dignità, potevano arbitrare (Leg. non distingnemus § sacerdotio Dig. de arb.), tenendosi per ufficio pio di concordia e di pace. Non però i monaci generalmente parlando (*C. monachi et C. de præsentibus*, 16, quest. 1; *Diritto canonico*, Collezione di GRAZIANO), ove, secondo i canonisti, non si trattasse di tal monaco che fosse salito alla dignità di vescovo. Dei militari era grande questione. Lo scomunicato era inabile, considerandosi per morto. Gli statuti escludevano gli *infami* contra la tradizione del diritto romano, i deportati, i banditi, ecc. Disputa più intricata difficilmente si trova, e basterà consultare il CARRÉ, e meglio ancora il suo annotatore, il CHAUVEAU (art. 1003, quest. 2260), mentre, abbandonati dalla legge, gli scrittori francesi lasciavano il freno a tutte le ipotesi. Noi faremo ben poche ricerche.

3. **Questioni.** — *a) I minori autorizzati al commercio sono possibili come arbitri nella materia del loro commercio?* Bisogna ritenerlo, avendo in quella loro sfera d'attività l'intelletto e le cognizioni necessarie.

b) Coloro che non furono esclusi dall'ufficio di giurati, ma che si trovano in condizione di non poterlo esercitare, essendo colpiti dalle cause disonorevoli menzionate nell'art. 56 della Legge sull'ordinamento giudiziario, sono inabili all'ufficio di arbitri? Osservò il RODIÈRE (t. 1, p. 11) che, conferendosi agli arbitri una vera magistratura, non possono essere ammessi che persone in possesso dei loro diritti civili e politici. Altri risponde che in fatto di *arbitramento volontario* cangia l'aspetto delle cose: il mutuo consenso delle parti ricopre e transige, per così dire, sui difetti morali e civili dell'arbitro, quando sia naturalmente capace (CHAUVEAU, quest. 2260).

Che dire rapporto alla nostra nuova legislazione? Fatto riflesso alla precedente, osservando che non è stata espressamente abrogata (Leg. 26 Dig. de legib.); ritenuta la ragione morale e politica della esclusione, e il richiamo a quelle cause per le quali i cittadini decadono dal nobile ufficio di giurati, avviso che al quesito debba rispondersi affermativamente.

Articolo 11.

Il compromesso deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata, contenere il nome e cognome delle parti e degli arbitri, e determinare le controversie; altrimenti è nullo.

Annotazioni.

1. L'art. 1108 del Codice precedente indicava un terzo modo di compromettere *la convenzione giudiziale*. Io non credo che abbia voluto propriamente abolirsi quella forma di compromesso, ma piuttosto che il redattore abbia avvisato che la locuzione dell'articolo può a tutto bastare. Se avanti lo stesso conciliatore le parti adunate dichiarano nel processo verbale che vogliono conciliarsi, e la conciliazione consiste in un compromesso, ed ivi fermano le condizioni sottoscrivendo un processo verbale autenticato dal conciliatore e dal segretario, non sarà atto valido? e chi mai potrà dubitarne? Anche in Francia prevale la dottrina che la forma costitutiva del compromesso non è di sanzione rigorosa, posto un equivalente non meno efficace (CARRÉ, all'art. 1005, quest. 3271; PIGEAU, *Comment.*, t. II, p. 717; MONGALVY, n° 128; DEVILLENEUVE e MASSÉ, v° *Compromis*, n° 63). Non sarà a rigor di termini una *convenzione giudiziale*; ecco quello che può dirsi. Ma non escludo la convenzione giudiziale propriamente detta. La *determinazione dell'oggetto compromesso* è di tutta necessità, da quello misurandosi il potere degli arbitri.

2. **Questioni.** — *a) L'irregolarità della forma del compromesso è assoluta, o può essere sanata dal fatto delle parti?* Se le forme estrinseche sono difettose, se le condizioni intrinseche di capacità e di materia esistono, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che la nullità possa esser sanata dal fatto delle parti, o siano volontariamente comparse avanti il conciliatore, o ne abbiano d'accordo prorogata la giurisdizione firmando il verbale o per

la mutua comunicazione dei titoli, o per altri fatti di consentimento (CHAUVEAU in CARRÉ, art. 1005, quest. 3272, ter).

b) *È sufficiente designazione dell'oggetto il dichiarare che saranno assoggettate a compromesso le questioni che potranno sorgere da un certo e determinato contratto?* Questa clausola, solita nei contratti di società, a noi pare validissima e perfettamente operativa, essendo con ciò l'oggetto determinato. È poi accettato generalmente che l'osservanza dei suoi termini deve interpretarsi con quella certa espansione del buon senso che non lascia germogliare il cavillo (PIGEAU, *Comment.*, t. II, p. 719; DALLOZ, t. I, p. 662; GOUBEAU, t. I, p. 111 e 120; MONGALVY, n° 147). La Relazione Pisanelli viene in autentica conferma di questa dottrina (*V.* l'articolo seguente).

Articolo 12.

Quando in un contratto, o dopo, le parti siansi obbligate a compromettere le controversie che ne possano nascere, se gli arbitri non siano stati nominati, oppure vengano a mancare per qualunque causa tutti od alcuni, la nomina dei mancanti è fatta dall'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia, semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente.

Se ad alcuna delle parti che si obbligarono a compromettere siano succedute persone sottoposte a tutela, la facoltà di nominare gli arbitri è esercitata dal tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia, o di tutela.

Annotazioni.

1. Desidero che si conosca che il presente articolo indica un progresso legislativo. Esso favorisce lo sviluppo di questa bella istituzione. Il compromesso fra gente che può disporre delle cose sue è un modo desiderabile di finire le questioni. L'uso del compromesso si aumenterà cogli incrementi civili. Il compromesso delle *future questioni* è di grandissimo vantaggio, specialmente in commercio. In effetto si tratta di vedere stabilito il *compromesso generale*, quello cioè nel quale non si descrivono particolari e specifiche questioni, ma si estende a tutto un soggetto che può partorire dubbii e questioni, purchè esso stesso abbia i suoi confini certi e noti, come un contratto, sia pure indefinito nelle sue future contingenze, quale una società. Simile compromesso, avente bensì la sua base e causa nel presente, ma operativo condizionalmente nel futuro, porta per conseguenza che *gli arbitri potranno anche non essere nominati:* modificazione del precedente articolo. O il tempo recherà delle variazioni, gli arbitri potranno essere mancati o divenuti incapaci, o degnamente revocabili. L'articolo tutto prevede. La nomina sarà fatta dal Tribunale, il surrogato naturale dell'arbitrio delle parti caduto in convenzione; o sarà eseguito il volere delle parti, sia anticipato nella stessa convenzione, sia soltanto preveduto. Merita ancora di essere avvertito come un progresso verso l'individuale libertà e verso la necessaria semplicità *l'abolizione del terzo arbitro* o *arbitratore*, che però risale al Codice del 1851 o al concetto del numero dispari.

2. **Precedenti storici.** — Il Codice francese sembra procedere in senso opposto: nell'art. 1006 esige la *specificazione degli oggetti controversi*. Quindi non avevano tutto il torto gli uomini pratici, ordinariamente molto testuali, negando la legalità de' compromessi futuri arbitrandi da giudici non nominati (MERLIN, *Supplément aux questions de droit*, t. VII, v° *Arbitre:* THOMINE, t. II, p. 654). Ma infine la dottrina giuridica superò e passò sopra (la vera espressione) alla grettezza del testo. I costumi commerciali ne presentavano continuati esempi, e specialmente le Compagnie di assicurazione amano simili clausule (CHAUVEAU in CARRÉ, art. 1006, quest. 3279, bis; GOUBEAU, t. I, p. 120; VATIMESNIL, p. 581, n° 19; DEVILLENEUVE e MASSÉ, v° *Compromis*, n° 74, bis).

3. **Questione.** — *La nomina che farà il Tribunale degli arbitri non nominati o mancati, impedisce alla parte e sino a qual punto, di eleggerli a propria volontà?* La questione è stata altre volte esaminata. Fu deciso (*Journ. Av.*, t. IV, p. 551) che la nomina era semplicemente *comminatoria;* di guisa che la nomina fatta dal Tribunale, eziandio accettata, non toglierebbe alla parte di nominare il proprio arbitro. In varii altri casi, benchè in ispecie non del tutto identica, fu ritenuta questa massima (*Journal Av.*, t. IV, p. 586; t. XXXIII, p. 183; *Journal Pal.*, 3ª ediz., t. XXI, p. 870). Per altro è necessario porre tre ipotesi. Se tutte le parti concorrono nella nomina del nuovo arbitro, niun dubbio che la decisione del Tribunale rimanga senza effetto. Se nel-

l'atto del compromesso fu stabilito che la parte *A* nominerebbe il proprio arbitro, e così ognuna delle parti, e non in modo collettivo, è allora che nasce la questione. Il Tribunale dovrà assegnarle un termine a nominarlo, e scorso il termine, sarebbe acquisito all'altra parte il diritto di avere per arbitro quello nominato dal Tribunale. Ma ove il termine non fosse assegnato, è da ritenersi perduto il diritto di nominar l'arbitro, o quando il nominato avesse già cominciate le sue funzioni, o l'altra parte avesse cominciati i suoi atti. Finalmente, ove la nomina non potesse essere che collettiva, è manifesto che nè prima nè dopo la sentenza veruna delle parti potrebbe imporlo all'altra.

Articolo 13.

L'accettazione degli arbitri deve essere fatta per iscritto.

Basta a questo effetto la sottoscrizione dei medesimi all'atto di nomina.

Articolo 14.

Le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità giudiziale.

Alla parte che ritardi la trasmissione s'intima di farla nel termine di giorni dieci, o in quello che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordare proroghe.

Di tutto deve farsi menzione nel processo verbale.

Articolo 15.

Scaduto il termine indicato nell'articolo precedente, gli arbitri giudicano sui documenti e sulle memorie stati loro trasmessi.

Annotazioni sugli articoli 14 e 15.

Troveremo due passi avanti un articolo (17) che attribuisce alle parti ed ai compromissarii un arbitrio d'istruzione, sconosciuto ai giudizi ordinarii. Intanto qua e là la legge va dettando regole di condotta, non disgiunte da una certa facoltà discrezionale. Ciò si rileva dall'art. 14. Nel seguente sembrerebbe accennarsi al dovere di ogni giudice, di giudicare sui documenti; ma invece si vuole ammonire la parte negligente che, quand'anche nulla si fosse prodotto dal canto suo, gli arbitri proferirebbero non ostante il loro giudizio. Se la posizione si trovasse incompleta, insufficiente, non sarebbero però tenuti a giudicare; e verrebbero via prorogando sino a consumare il tempo del compromesso. Di questi e diritti e doveri dei compromissarii è necessario tener conto, atteso la risponsabilità che incontrano (*V.* art. 34, alin. ult.).

Articolo 16.

Nel caso di morte di una delle parti, il termine per istruire e giudicare è prorogato di giorni trenta.

Annotazioni.

Una legislazione progredisce agevolando lo esperimento delle solenni convenzioni, e sgombrando gli ostacoli del *gius summum*. Finchè si stetto nell'idea che il compromesso non fosse che un mandato, la morte di uno dei mandanti doveva sciogliere il contratto. Tale fu il concetto antico (Leg. 27 § 1 Dig. de recept. arbitr.), a meno che non si fosse fatto menzione degli eredi, i quali venivano ad essere obbligati non quali mandanti, ma quali eredi. Nelle idee moderne, la morte di uno o più compromettenti richiamò l'osservazione del legislatore solo per questo che si era per entrare in una nuova fase di relazioni personali; i successibili potevano non voler essere che eredi beneficiati; erano forse minori. L'art. 1013 del Codice di procedura civile francese limita di fatti il compromesso se gli eredi saranno minori. Accorda

Digitized by Google

termine a deliberare e fare l'inventario. L'art. 1442 del Codice di procedura sardo del 1859 non parla di eredi minori, ma sospende il giudizio quant'occorre *a fare l'inventario e deliberare*. Viene il nostro articolo e troncavi anche questa clausola, e puramente o semplicemente proroga il termine per trenta giorni. È notevole questo restringer del termine, che, secondo gli art. 953, 959, 960, 961, per le operazioni di erede beneficiato, è tanto maggiore. Nella stessa brevità del termine bisogna vedere la facoltà degli arbitri di prorogarlo. Il dubbio può essere quanto *agli eredi minori*, di cui l'articolo non parla; ma è provveduto colla disposizione dell'art. 12, alinea. Solamente potrà domandarsi se gli eredi minori siano obbligati a continuare il compromesso. E si può rispondere che come eredi sono tenuti; e come minori non lo sono, se non in quanto il compromesso si trovi ragionevole per essi e conveniente; il che vuol dire che sarà soggetto alla revisione dell'autorità tutelare. È chiaro che la tutela del minore potrà decidere se convenga o no continuare il compromesso, ma dovrà accettarlo come sta, senza variarne le condizioni, eccettochè tutte le parti interessate a loro volta non convengano. Chiaro è pure che il compromesso andrebbe sciolto per tutte le parti (checchè si dica all'art. 32 *sulla nullità assoluta* o *relativa*) qualora, ritirandosi il minore dal compromesso, mancasse al giudizio una parte necessaria.

Articolo 17.

Gli arbitri non sono tenuti di osservare le forme e i termini stabiliti per l'istruzione delle cause davanti l'autorità giudiziaria.

Le parti possono convenire altrimenti. In questo caso gli arbitri devono attenersi alle forme e ai termini indicati specificatamente nel compromesso.

Nel silenzio delle parti, o quando esse abbiano dichiarato che gli arbitri si attengano alle regole della procedura senza averle specificate, gli arbitri stessi stabiliscono i termini e il metodo del procedimento.

Annotazioni.

Il diritto della procedura non è forse d'ordine pubblico? come mai vi può essere un giudizio, sia pure arbitrale, senza procedura, o con una procedura meramente convenzionale, o non approvata da veruna legge? Eppure tutto questo emerge formalmente dall'articolo che esaminiamo e dai seguenti 28, 31 e 32, che, discorrendo i motivi di nullità o di rivocazione, non toccano punto ai difetti di forma. La questione teoretica che si nasconde sotto l'apparente semplicità di questo articolo non cessa di essere assai grave, e fa dolere all'annotatore la sterile brevità che gli è imposta.

La disposizione che fa dell'arbitramento un giudizio, che *de bono et æquo* si risolve senza metodo determinato di procedura, non è nuova; ma il Codice italiano (in ciò conforme a quello di Sardegna del 1854, art. 1116) si è allontanato sempre più dalle regole ordinarie che il Codice di Francia non facesse, mentre per esso (art. 1009) alle sole parti è dato il potere di stanziare d'accordo un metodo ordinario di procedura, e ciò non facendo si osservano le leggi ordinarie, laddove l'art. 17 la stessa facoltà concede agli arbitri. Per tagliar corto alle tante e poco concludenti disputazioni che fanno gli scrittori francesi (e che possono vedersi in Bellot, t. II, p. 160 e seg.; in Thomine, t. II, p. 662; in Boitard, t. III, p. 426; in Goubeau, t. I, p. 280, ed in altri), noi siamo sempre fermi nel dire che le forme sono necessarie nei giudizi come garantia di libertà e suggello di autorità dei giudizi medesimi; ma tra le forme bisogna distinguer bene quelle che sono essenziali onde un giudizio esista, e quelle che sono mutabili e circostanziali, come sogliono essere i metodi dell'istruzione, alla qual parte del processo si riferisce appunto la legge nostra. Inoltre altro è il dire che un giudizio vaga a capriccio e senza verun ordine di procedura, ed altro il dire che la stessa legge autorizza le parti a tracciarne una fatta per il caso loro; o attribuisce agli stessi giudici un potere discrezionale, che è il metodo della ragione. Sopra tutto convien riflettere che le regole fondamentali del giudizio degli arbitri sono posate in tutte queste leggi che veniamo percorrendo; regole dalle quali non si può prescindere, e nelle quali consiste la parte più sostanziale della forma determinante i suoi proprii e del tutto eccezionali caratteri.

La procedura adottata dai compromittenti è la convenzione, parte integrante dell'atto di

compromesso: quella che gli arbitri seguono nella mancanza o insufficienza del dettato delle parti non ha, per così dire, un programma, ma si viene prudentemente esplicando secondo i bisogni della istruzione, e ciò senza perder di vista le norme principali istituite pei casi comuni che in ogni dubbio devono seguire.

Articolo 18.

Gli atti d'istruzione e i processi verbali possono delegarsi dagli arbitri ad uno di essi, se ciò non sia vietato dal compromesso.

Annotazioni.

1. Vi ha delle facoltà insite nella qualità di giudici di cui sono rivestiti gli arbitri. Una di tali facoltà è quella indicata nell'articolo. È necessario lasciare alla giurisdizione, qualunque sia, una certa libertà di esercizio, e non è la giurisdizione arbitrale ove le formalità abbiano ad essere più rigorose che nei giudizi ordinarii.

2. **Questioni.** — *a) Il collegio degli arbitri può delegare un magistrato dell'ordine giudiziario e spedire, come dicesi, delle rogatorie per atti d'informazione* o *d'istruttoria*? Parliamo prima della delegazione della giurisdizione. Gli arbitri non possono delegarla: *In compromissis arbitrium personæ insertum personam non egreditur* (Leg. 45 Dig. de recept. arbitr.). In ciò tutti i glossatori e del diritto romano e del francese concordano. La regola che in fatto di arbitri è peculiare e strettissima, viene oggidì confermata dalla legge generale (art. 68. *V.* le Note a quell'articolo e le distinzioni e limitazioni relative. Ciò posto in fermo, resterà a vedere se gli arbitri potranno almeno commettere ad organi giudiziarii, a giudici quali che siano, di assumere certi atti, di praticare certe operazioni, per es., a ricevere interrogatorii, esami di testimoni, giuramenti, ecc., se vi sia una ragione di comodità, di convenienza o di necessità. In altre parole, si può domandare se, così facendo, gli arbitri si spoglino di autorità per investirne altri, dato ch'essi abbiano la facoltà di corrispondere coll'Autorità giudiziaria, e le loro rogatorie trovino adesione presso di quella. Jousse, il vecchio ed assennato commentatore degli Statuti, Locré, noto per le sue ispirazioni autentiche, si pronunciarono negativi in ogni parte: e l'opinione loro è chiamata seria da quegli stessi che la vengono oppugnando (Carré, all'art. 1011). Nondimeno il Pardessus, t. iv, p. 96; Mongalvy, Dalloz, Goubeau, t. i, p. 290; Thomine, t. ii, p. 662; Vatimesnil, p. 636, n° 232; Bellot, t. ii, p. 289; Rodière, t. iii, p. 20, e Chauveau in Carré, quest. 3298) si mostrano meno rigorosi col sostenere che fanno che il demandare tali incarichi e rogatorie non costituisce una delegazione o cessione della loro autorità; e non esser quindi mestieri di espressa autorizzazione delle parti. Ma la ragione si unisce colla legge per dire che un esame di testimoni, l'assistere e dirigere un interrogatorio, il ricevere un giuramento è un atto dell'autorità arbitrale; che delegare tali funzioni è cedere una parte di autorità. Nondimeno vi possono essere casi di sì assoluta necessità, e la rogatoria (che si rende eseguibile dal giudice) può esser così limitata da non potersi negare, seguendo le regole e cautele di cui faremo discorso esponendo l'art. 68 e le leggi relative. Questa facoltà delle cose necessarie dovrà allora ritenersi implicitamente accordata dai compromettenti.

b) Potranno gli arbitri commettere delle operazioni a persone dell'arte, come a periti, notari, ecc.? Ciò è molto semplice, e non vi è motivo per dubitarne (Vatimesnil, n° 223; Chauveau in Carré, art. 1011, quest. 3229, bis, colle decisioni ivi indicate).

Articolo 19.

Quando sorga alcuna delle quistioni accennate nel primo capoverso dell'art. 8, o qualche altro incidente relativo a un fatto che possa dar luogo all'azione penale, gli arbitri devono rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente, e i termini per l'arbitramento sono sospesi sino al giorno in cui la sentenza pronunziata sull'incidente, e passata in giudicato, è notificata agli arbitri.

Annotazioni.

1. Le controversie che attaccano la validità del compromesso non appartengono agli stessi arbitri: ecco il senso nitido della prima parte. La seconda non è meno chiara, per quanto

vuol dire; ma si sollevano alcune dispute, che l'articolo non poteva letteralmente risolvere. La terza è una decisione di tempo; pone come in quel dato caso si sospende il termine dell'arbitramento. Dichiarando rispetto a quali contingenze gli arbitri si astengono dal giudicare, rimettendo la causa all'autorità competente, la legge ci apprende che in ogni altra, per qualsivoglia altro incidente, il magistrato arbitrale giudica e procede. Il che è pure generalmente ammesso nelle dottrine (Jousse, *De l'administration*, n° 35 e 37, p. 699, 700; Boucher, n° 468 e seg.; Mongalvy, p. 196, n° 239, ecc.). E provveduti di mezzi coercitivi onde far eseguire i loro decreti, li ripetono dal Tribunale, che, prestando la sua assistenza, non s'impadronisce però degli atti d'istruzione. La *sospensione* si verifica nei casi contemplati; viene di poi un'altra disposizione che egualmente non lascia la menoma incertezza sopra un altro termine sospensivo (altre volte disputato) che deriva *dalle sentenze non definitive* o incidentali che si pronunziano dagli stessi arbitri (*V.* art. 34).

2. **Precedenti storici.** — Riteniamo la saggia generalità del nostro articolo — *incidente relativo a un fatto che possa dar luogo ad una azione penale.* Il Codice di procedura francese ha nell'articolo 1015: *Se un atto è querelato di falso anche puramente coll'azione civile*, o *se nasce un incidente criminale, gli arbitri rimettono*, ecc. Perciò le poche questioni che veniamo a proporre (perchè di fatti sono ancora proponibili) presentavano un certo maggior dubbio. L'articolo 1117 del Codice di procedura sardo del 1859 si esprimeva negli stessi termini.

3. **Questioni.** — *a) Basterà allegare un'eccezione di genere penale*, o *sarà d'uopo che la eccezione sia sostenuta, ove sia il caso, con atti formali, per es. colla iscrizione in falso, se di questo appunto si tratti?* Noto specialmente l'ultimo dubbio perchè molto agitato fra gli scrittori di queste cose. La miglior parte è nell'avviso che l'*iscrizione in falso* debba apparire formale secondo il prescritto della legge di procedura, anche perchè del falso si può disputare civilmente sino appunto alla consumazione di quell'atto (Carré e Chauveau, art. 1015, quest. 3223; Favard de Langlade, t. I, p. 200; Thomine, p. II, p. 270, ecc.). La formola dell'articolo permette un più largo apprezzamento; gli arbitri dovranno esaminare se la eccezione sia fondata; e dopo ciò, senza attendere più rigorose dimostrazioni di volontà, si asterranno dal giudizio, e rinvieranno la causa al Tribunale competente. Nè è necessario che sia veramente cominciata la procedura di falso, ove i sintomi della falsità siano abbastanza pronunziati. Ciò dee dirsi generalmente d'ogni altra eccezione che trasporti di necessità gli arbitri all'esame di un fatto penale, avvegnachè non esista querela, o non si provi esistente il giudizio criminale.

b) Se gli arbitri siano competenti a verificare una scrittura impugnata di falso. Malgrado la opinione di Carré, Dalloz, Boitard, io nego questa competenza, associandomi alle ragioni dette da Chauveau in Carré, all'art. 1016, quest. 3324.

Articolo 20.

Gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori.

Annotazioni.

1. Il giudizio della coscienza surrogato al giudizio della legge, il soggettivo all'oggettivo, l'equità al diritto, il giurato al giudice; ecco l'art. 20. Tutto questo adunque è buono. Così si fa una migliore giustizia che colla legge alla mano? Perchè no? Perchè il giurato in materia criminale si reputa migliore estimatore dei fatti giuridici del giudice stesso? Una domanda che chiederebbe molte pagine, sia da noi soddisfatta in poche parole. Ma prima tocchiamo del duplice aspetto *onde si può dire l'amichevole compositore non giudicare secondo le regole di diritto.* Ciò accade in ordine alle prove, in ordine alla decisione di diritto. La coscienza può appagarsi di un minor cumulo di prove, ha il suo modo di valutare gli elementi di convinzione; e quando attribuisce la ragione, ha un suo particolar modo d'intendere la giustizia. La legge civile ha bisogno di procedere nella sua forma ontologica, si direbbe: oggettivamente cioè; non può rimettersene alla coscienza individuale (per molte ragioni che qui sarebbe lungo enumerare), quantunque vi siano pure dei casi in cui una buona e retta coscienza di giudice, arbitrante dell'affare, informato di tutte le sue circostanze, farebbe assai bene. Ma quando le parti interessate e padrone di sè reclamano una tale giustizia domestica e patriarcale, il negarlo sarebbe ingiustizia: essi hanno ogni loro

fiducia in quel tal uomo, e lo vogliono giudice: ecco ciò che manca ai giudici legali, manca, a così dire, questo battesimo. L'amichevole compositore infine è qualcosa di più o di diverso da un giurato o da un giudice: l'amichevole compositore è la transazione, è la concordia, è il ramo d'ulivo fra nuovi e per lo più fra antichi rancori.

2. **Questione.** — *Gli amichevoli compositori sono assolti da ogni forma di procedura?* Io lo nego. L'arbitramento non può essere ridotto ad una parola senza significato; al *non-giudizio*. Tale sarebbe so a puro capriccio, senza informazioni, senza difese, senza termini convenienti, senza nessuna precauzione, ed infine alla cieca, si giudicasse. Tale opinione è ritenuta dal BELLOT, t. III, p. 284; dal CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 3354: e vi sono decisioni non poche in questo senso (*V.* ivi). Basta, a parer mio, farsi un'idea precisa dell'ufficio dell'amichevole compositore: *un giudizio di coscienza sì nel fatto che nel diritto*. Quale influenza sovversiva delle forme organiche e dell'ordinamento giudiziario, già statuite dalla legge, può avere la podestà del giudicare più ampia e più liberamente concessa?

Articolo 21.

La sentenza degli arbitri è deliberata a maggioranza di voti dopo conferenza personale dei medesimi.

Essa deve contenere

1° L'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti;

2° L'indicazione dell'atto di compromesso;

3° I motivi in fatto e in diritto;

4° Il dispositivo;

5° L'indicazione del giorno, mese, anno, e luogo in cui è pronunziata;

6° La sottoscrizione di tutti gli arbitri.

Ricusando alcuno di essi di sottoscriverla, ne è fatta menzione dagli altri, e la sentenza ha effetto purchè sottoscritta dalla maggioranza.

Annotazioni.

1. Confrontando il presente coll'art. 360, si vedono ingiunte tutte le formalità proprie delle sentenze dei Tribunali, eccettuati i n° 3, 4 e 5, che mancherebbero di applicazione. Vedremo (art. 32) che l'inosservanza di ciascuna di codeste forme produce nullità. Gli stessi amichevoli compositori, quantunque si avvisasse il contrario da qualche autore, devono motivare il loro giudizio. Io non ho mai capito come un giudizio di coscienza non si possa motivare, vale a dire come e perchè non se ne debba avere un'idea chiara da chi giudica. Quanto alla votazione, la maggioranza decide, *purchè tutto il collegio sia presente ed informato*. CELSO, secondo ULPIANO, *Framm.* 17 de *rec. arb.* in fin., avvertì che se uno dei tre arbitri era assente, non vale il consenso degli altri due, *quia in plures fuit compromissum, et potuit præsentia ejus trahere eos in ejus sententiam*.

2. **Questioni.** — *a) Se più capi distinti furono proposti agli arbitri, potranno rendere sopra ognuno separate sentenze?* Il dubbio è se rimangano tuttavia investiti di facoltà, ed esclusa, ben inteso, l'ipotesi che il compromesso abbia prestabilita la pronunciazione di unica sentenza. Rigettata l'opinione del BELLOT, e ritenuta quella della maggioranza degli scrittori francesi, rispondo, senza il menomo dubbio, per l'affermativa, dal solo caso in fuori che il termine del compromesso venisse a spirare e mancasse alle ulteriori decisioni. La proroga, è chiaro, a tutto rimedia; ma supposto che la proroga non venga, un'altra questione ben più grave può suscitarsi *se il compromesso intero cada in nulla, e nulla pure rimanga la decisione pronunciata*. Io credo veramente che la cosa sia così, perchè nella finalità il compromesso è unico, perchè non si sarebbe sottomessa agli arbitri quella parte soltanto, perchè la parte che restava a giudicarsi avrebbe potuto compensarvi (MERLIN, *Arbitr.*, n° 6).

b) La decisione degli arbitri fa fede delle sue enunciazioni sino all'iscrizione in falso? La questione (che non ha più luogo dopo che il Tribunale ha sancita la decisione) per me deve risolversi affermativamente in ogni

parte. E dico in ogni parte, perchè l'ultimo critico che se ne occupò dopo gli opposti e contitanti avvisi della giurisprudenza, CHAUVEAU in CARRÉ (quest. 3337 *bis*), propose la seguente distinzione che io non ammetto: o la sentenza non contiene veruna enunciativa dalla quale risulti ch'essa avrebbe giudicato incompetentemente o perchè fuori del termine, o per altra ragione, allora essa fa fede in tutto. O al contrario, sebbene abbia poi dichiarato che il vizio e la nullità venne coperta e sanata dall'adesione delle parti, allora non le si deve credere, e può oppugnarsi semplicemente la scusa senza bisogno della iscrizione in falso, e come non provata. Non posso menar buona la distinzione; la sentenza deve far fede a se stessa in tutto o in nulla. E in tutto io credo, essendo l'atto di una persona morale non più privata, ma pubblica perchè avente giurisdizione, comunque l'eseguibilità della sentenza, per altri fini, debba impetrarsi dall'autorità giudiziaria.

e) *L'articolo accennando agli arbitri che si ricusano di sottoscrivere, comprende anche quelli che non sanno?* La questione, apparentemente senza importanza, è seria assai, e va a questo, *se si possano scegliere degli arbitri illetterati*. La legge non fa una condizione del contrario; ma parla spesso delle loro *sottoscrizioni* come formalità necessarie (art. 13 al. art. 21, n° 6). Per altro la soluzione del dubbio dovrebbe stare nell'art. 49 (*V.* sotto). Qui è però d'uopo censurare d'inesattezza l'ultimo periodo del presente articolo: alla parola *ricusando* conveniva aggiungere *o non potendo*.

Articolo 22.

Le sentenze degli arbitri devono essere pronunziate nel regno.

Articolo 23.

Le regole sull'esecuzione provvisoria delle sentenze dell'autorità giudiziaria sono applicabili alle sentenze degli arbitri.

Annotazioni.

Essendosi accordata agli arbitri la facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria delle proprie sentenze secondo le regole della procedura comune, conviene rimettersene all'articolo 363. Se non fosse stata ordinata, potrà pure applicarsi la disposizione dell'art. 483, se ha luogo l'appello. Dovrà però osservarsi quale cosa sia stata intorno a ciò stabilita nell'atto di compromesso. Alcuno ha detto (CARRÉ, art. 1016, quest. 3336) che la riserva di appellare fatta nel compromesso indica che le parti si oppongono all'esecuzione provvisoria. Io non divido questa opinione; sarebbe necessario che le parti lo *avessero espressamente dichiarato*, statuendo l'appellabilità della sentenza. Non ha più luogo, io credo, secondo la nostra procedura, la esecutorietà *di pieno diritto*: ma deve essere domandata (detto art. 363).

Articolo 24.

La sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunziata; altrimenti è nulla.

Si forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore, e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale.

La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria.

Annotazioni.

1. Tanto rigore è ingiustificabile. L'articolo 1082 del Codice sardo del 1854 si limitava a dire che dentro giorni cinque uno degli arbitri deve rimettere l'originale alla segreteria. Non altrimenti l'art. 1020 del Codice di procedura civile francese con termine più breve (giorni tre). Nel nostro del 1859 (art. 1120) questa formidabile clausula passò, minacciando di ridurre al nulla l'operazione chi sa quanto lunga e faticosa degli arbitri, le spese e i di-

ritti acquisiti dal compromesso, per una svista, per un ritardo, per la trascuranza di una inconcludente formalità! Io credo bene che in tal caso gli arbitri solidariamente saranno tenuti all'emenda dei danni; e che questa nuova causa dovrà essere aggiunta all'ultimo alinea dell'art. 34.

Per questa legge adunque il pretore, che ha una competenza limitata a lire 1500, rende eseguibili le sentenze degli arbitri che possono contenere il valore di milioni. Più coerente, io tengo, alle norme della competenza generale era il precedente articolo 1121, che dava questa attribuzione al presidente del Tribunale. Sarebbe con ciò tolto al magistrato esecutore ogni diritto di esame? O il suo esame sarebbe limitato alle forme puramente estrinseche, senza punto occuparsi delle intrinseche ed essenziali? E non è infine che una continuazione della giurisdizione volontaria? È ciò che veniamo a vedere.

2. **Questione.** — *Il magistrato a cui è attribuita la podestà di rendere eseguibili le sentenze arbitramentali, può egli rifiutarsi e per quali cause? ossia ha egli un diritto di esame, e fin dove si estende?* Noi dobbiamo chiuderci interamente nel concetto del legislatore, e ad esso soltanto conformare la soluzione. E noi l'abbiamo, si può dire, nella qualità stessa del magistrato. Il pretore, dalla giurisdizione così ristretta, non può levarsi giudice illimitato di veruna delle contestazioni che riguardano non solo la giustizia, ma neppure la legalità del compromesso, meno i casi che verremo or ora notando. Bisogna per conseguenza respinger tosto l'opinione di PIGEAU (*Comm.*, t. I, p. 22) e quella anche più larga di BOITARD (t. III, p. 463), che accordano al presidente la più lata facoltà di revisione. Accostandoci di più alla dottrina di BELLOT, VATIMESNIL, RODIERE (t. III, p. 30), SOUQUET (v° *Arbitrage*), ecc., ma con un'opinione forse media, noi diciamo — che l'ordinanza dell'*exequatur* non è una *sanzione passiva*, secondo l'espressione di MONGALVY (n° 460) — che l'autorità giudiziaria può dunque rifiutarla (*V.* articolo 25) — che sopra tre punti soltanto può versare la sua revisione: 1° se essa medesima sia competente; 2° se il compromesso non violi qualche legge d'ordine pubblico, attesa la materia che ne fu il soggetto; 3° se il compromesso sia munito di quelle formalità estrinseche per cui è tale; per es., se il compromesso esista, se gli arbitri siano sottoscritti nell'originale della sentenza, se fu consegnato entro i cinque giorni, ecc. (*V.* anche DALLOZ, v° *Arbitrage*, p. 785; GIRAUDEAU e GÆTSCHY, *Tr. prat. de l'arb.*).

Articolo 25.

La cognizione dei reclami contro il decreto indicato nell'articolo precedente, o contro il rifiuto del pretore a pronunziarlo, appartiene al tribunale civile da cui dipende il pretore.

Annotazioni.

1. Il pretore può accordare o negare ingiustamente o nullamente l'esecuzione. Chi se ne grava, porta il reclamo *al Tribunale civile da cui dipende il pretore.* Così sono fermati due punti molto disputati innanzi: 1° se il giudice esecutivo abbia una facoltà di revisione; 2° se vi sia un'autorità giudiziale, e quale sia, per far ragione dei reclami contro l'accordata o negata esecuzione. Nonostante la parola *reclamo* usata dalla legge, questo, a mio avviso, è un vero appello che si fa al Tribunale civile colle forme consuete degli appelli e in via sommaria (*V.* appresso, art. 389). L'osservazione è interessante, mentrechè, se non fosse appello propriamente, ma ricorso come da sentenza impropria (come sono quelle ordinanze che pronunzia un membro del Tribunale da cui si ricorre al collegio) in tale caso si farebbe luogo al secondo appello innanzi alla Corte. Conviene adunque che il pratico ponga mente avere il nuovo Codice diversamente qualificato il decreto di esecuzione da quello che era coll'articolo 1123 del precedente, che, giustamente, secondo il suo sistema, portava *la cognizione dei richiami al Tribunale* o *Corte dal cui capo fu pronunciato il decreto.* Ritengo poi che l'articolo abbracci nella sua disposizione tanto il caso d'ingiusta omissione o reiezione, quanto quella del vizio d'incompetenza.

2. **Precedenti storici.** — L'importanza di questa legge si ravvisa in confronto della francese che, non disponendo nel particolare, lascia anche quelle dispute che possono vedersi in MERLIN, *Questioni di diritto*, v° Appello; in MONGALVY, n° 461, colle note aggiunte, edizione belga; in SOUQUET, *Dictionnaire de temps légaux*, v° *Arbitrage;* in CARRÉ, quest. 3361, e CHAUVEAU, ivi, ecc. Non essendo secondo quel sistema l'ordinanza una vera sentenza definitiva, e sopra essa pronunziandosi,

l'intero collegio, era naturale che, pensandosi di annullarla, si dovesse di poi incaricare un altro magistrato per pronunciare nuova ordinanza. *V.* specialmente MONGALVY, al n° citato. Ora il giudice di appello, riparando o annullando, non ha che a seguire le norme generali di diritto.

Articolo 26.

Le istanze per il pagamento delle spese di deposito, della tassa di registro, e simili, delle sentenze degli arbitri, possono essere dirette soltanto contro le parti.

Annotazioni.

Pronunziata la sentenza, il potere degli arbitri è cessato; l'istanza dev'essere portata ai giudici ordinarii, trattandosi appunto di spese posteriori alla sentenza. Del resto, quanto alle spese del giudizio, gli arbitri hanno tanto la facoltà di liquidarle nella loro sentenza, quanto di liquidarle posteriormente se fatto non lo avessero; nè si potrebbe in tal caso opporre che la loro autorità è esaurita, mentre qualche cosa restava ancora a fare pel totale suo esaurimento (dal caso in fuori che fosse intanto spirato il termine del compromesso).

Articolo 27.

Contro le sentenze degli arbitri non si ammette opposizione per contumacia.

Annotazioni.

Equivale al dire che nei giudizi arbitramentali non si dà contumacia. La contumacia sarebbe un assurdo, essendo tutte le parti ammonite a comparire dal fatto della convenzione; l'opposizione sarebbe una violazione del patto in detrimento dell'altra parte, costringendola ad un'inutile perdita di tempo; finalmente gli arbitri, che non devono pronunciare che sentenze definitive, sarebbero esautorati.

« La possibilità che il convenuto ignori la domanda contro lui diretta, e quindi il pericolo ch'egli possa rimaner vittima di una sorpresa, non si verifica nell'arbitramento. Il compromesso è un atto comune a tutte le parti; se alcuna di esse non fa valere le sue ragioni e i suoi mezzi di difesa, ciò avviene non a caso, ma per sua volontà. » *Relazione Pisanelli.*

Articolo 28.

Le sentenze degli arbitri sono appellabili, eccettuati i casi seguenti:

1° Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunziare come amichevoli compositori;

2° Quando i medesimi abbiano pronunziato come giudici di appello;

3° Quando le parti abbiano rinunziato all'appello;

4° Quando la causa sarebbe stata di competenza del conciliatore.

Annotazioni.

1. Questo articolo aggiunge un quarto caso ai tre determinati nell'art. 1126 del Codice del 1859, in vista della nuova istituzione del conciliatore. Un giudizio di giurati, un giudizio di coscienza, una decisione che s'ispira a motivi di equità anche personali, il *fac-totum* delle parti, mi si permetta questa frase singolare, sono tutte cose che sfuggono all'appello. La cosa è tanto naturale che i Francesi, che mancano di questa espressa disposizione, sono quasi tutti d'accordo nel ritenere che la qualità di amichevoli compositori attribuita agli arbitri implica la rinunzia all'appello (FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 204; MONGALVY, n° 521; BOITARD, t. III, p. 458; DEVILLENEUVE e MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 207; SOUQUET, v° *Arbitrage*, tabl. 27, col. 68, ecc.). Gli arbitri pronunciano *come giudici d'appello* quando vi è una sentenza di tribunale il cui giudizio è dato da rivedere agli arbitri. In tal caso la sentenza degli arbitri *non è appellabile di diritto;* ma se si fosse pattuita nel compromesso l'appellabilità, non troverei difficoltà per ammetterla. Le parti avrebbero nella loro libertà considerato il fatto come nuovo; avrebbero nella loro mente annullata la decisione; e niuna resistenza farebbe

il diritto organico statuito ai giudizi contenziosi. Il MONGALVY (*Arbitrage*, n° 517) è di diversa opinione.

2. **Questioni.** — *a) La rinuncia all'appello, senz'altro, implica anche la rinuncia all'appello di tutti gli incidenti che possono occorrere nel corso della causa?* Distinguo. O gl'incidenti sono aderenti e relativi alla causa, la rinunzia li comprende (tali sarebbero gl'incidenti di prova). O hanno un carattere distinto e, come si direbbe, sostanziale (per es. una disputa di competenza), è ritenuto, a creder mio giustamente, che la rinuncia d'appello a questi non si estenda. Così la giurisprudenza francese (*V.* CHAUVEAU in CARRE, quest. 3295 bis).

b) Se si fosse pattuito o riservato l'appello da sentenza in causa non superiore all'entità di lire trenta, la convenzione sarebbe efficace? Per l'affermativa si può dire che il diritto o il non diritto d'appello essendo in massima lasciato alla volontà dei compromettenti, anche in questa ipotesi la loro volontà dev'esser libera; che le parti possono annettere ad una questione di minima entità, per convenienza, per punto di onore o per altra ragione, un'importanza grande; che la determinazione del n° 4 dell'articolo deve quindi ritenersi *direttiva* e *non proibitiva*; cioè deve ritenersi inappellabile la causa minore di lire trenta, sempre per altro che le parti non abbiano voluto il contrario. Ma più valevoli sono per la negativa le seguenti ragioni: che quando l'appellabilità è meramente una questione di valore, la legge s'impone alla volontà dei privati, attesochè mancherebbe nell'ordine gerarchico dei Tribunali quello che ne potesse conoscere in grado d'appello (*V.* il seguente articolo); e questo riflesso è così inoppugnabile che dispensa da qualunque altro. E teoricamente ne consegue che la legge non largisce ai privati tutte le libertà possibili nel compromesso; ma secondo le sue viste superiori vi pone dei limiti.

c) Si può rinunziare anticipatamente, nell'atto di compromesso o in qualche altro egualmente formale, alla via dell'azione civile? (*V.* art. 783.) In massima rispondo, no. *La frode, il dolo, la concussione* non possono essere materia valida di transazione. In quella parte però in cui l'azione civile si restringe a fatti di omissione, di negligenza e simili (art. 784, n° 2), la rinuncia tiene. Vanno colla scorta di questa distinzione PIGEAU, *Commentaire*, t. II, p. 722; DALLOZ, t. I, p. 816; THOMINE, t. II, p. 682; GOUBEAU, t. I, p. 572, ecc. Ne segue che ove i compromettenti abbiano dichiarato di rinunciare *all'azione civile*, deve intendersi limitata la rinuncia a questa seconda parte dell'art. 784; e se si fosse nominata ogni causa dell'azione, per questa sola sarebbe attendibile.

Articolo 29.

L'appello si propone

Davanti il tribunale civile o di commercio, quando le quistioni civili o commerciali sarebbero state di competenza dei pretori;

Davanti le corti d'appello, quando le quistioni sarebbero state di competenza di un tribunale civile o di commercio.

Il termine per appellare dalle sentenze degli arbitri è quello stabilito per le sentenze dell'autorità giudiziaria, e decorre dal giorno in cui fu notificata la sentenza in un col decreto che la rese esecutiva.

Annotazioni.

1. Questo articolo, che riproduce il 1128 del Codice precedente, fa un'indiretta ma decisa applicazione dell'ordine appellatorio comune, a quello eccezionale dei compromessi. La competenza arbitrale, quanto a valore, non ha limiti; ma pronunciata la sentenza, e facendosi luogo ad appello, allora solo si misura e si calcola e il valore delle cause e la natura del giudizio per conformarvi in grado di appello quella giurisdizione che sarebbe competente se la causa in primo grado fosse stata portata al giudice che per quella tal causa è designato dal Codice di procedura. Il giudizio rientra così nel sistema generale, e la sentenza arbitrale non è più che la sentenza proferita dal magistrato di prima istanza, dalla quale è appello. Bisogna convenire che il diritto di appello rende pressochè frustraneo l'arbitramento, quasi perduto il frutto della convenzione. Ond'è che la rinunzia all'appello si legge in quasi tutti i compromessi. Alcuni fra i migliori dottori francesi hanno capito che doveva esser così; che non sarebbe lecito all'appellante scegliere il suo giudice d'appello; ed era forza rientrare nell'ordine giudiziario. S'intese pure che la competenza d'appello doveva es-

sere in relazione colla qualità della causa dagli arbitri decisa (MONGALVY, ediz. franc., p. 258, n° 336; VATIMESNIL, n° 290; CHAUVEAU in CARRÉ, art. 1023, quest. 3370, quat. Altri moltissimi non possono dimenticare quello spirito di libertà che domina i compromessi, e che essi spingono tropp'oltre (PIGEAU, *Commentaire*, t. II, p. 722; FAVARD DE LANGLADE, t. I, p. 204, ecc. Il primo giunse persino a dire che si può benissimo portare la causa in appello ad un Tribunale di prima istanza (di circondario), quand'anche la causa arbitrale superasse la somma di competenza del giudice inferiore (*Commentaire*, t. II, p. 735). Tal è in Francia su questo punto il disordine legislativo! La nostra legge è precisa; e non è sua colpa se in questo traslato si aggruppano serie questioni di competenza; quella fra le altre di sceverare gli elementi commerciali che furono nella causa arbitrale, onde vedere se al Tribunale civile o al commerciale sia da portarsi l'appello.

2. **Questioni.** — *a) Possono le parti compromettere anche la decisione d'appello?* o, *in altri termini, costituire a se stessi una magistratura arbitrale per riredere la prima decisione?* Motivo di dubitare sarebbe il silenzio della legge; più ancora, le disposizioni del presente articolo. Ma è nella natura delle cose; e dipende dalle parti lo sfuggire del tutto la giurisdizione ordinaria (THOMINE, t. II, p. 681; BOITARD, t. III, p. 474). È dunque libero ai compromettenti (ed io l'ho veduto spesso, ed io pure giudicai fra gli arbitri in grado d'appello) il formarsi i proprii giudici d'appello, o diversi dai primi, o con essi combinati. *Ma sarà luogo allora ad ulteriore appello avanti il magistrato?* No; essendo già esauriti i due gradi di giurisdizione fissati dalla legge generale.

b) È ammessa l'opposizione del terzo contro le sentenze arbitrali? Il nuovo Codice di procedura ha ripristinata questa istituzione (art. 510 e seg.) d'origine antica, come diremo a suo luogo, e già adottata nella legislazione francese. *L'opposizione del terzo* non può ammettersi contro le sentenze arbitrali, non perchè tali sentenze abbiano un'indole diversa dalle altre in quanto all'effetto di nuocere o di giovare ai non intervenuti, e in quanto ai pregiudizi che può loro arrecare, *ma per la ragione unica* che, non facendo parte della convenzione compromissaria, gli arbitri, rispetto al terzo, non avrebbero giurisdizione. Così CARRÉ, all'art. 1021, quest. 3367; MONGALVY, n° 323, ediz. franc.; DEVILLENEUVE e MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 128, e in generale. Il CARRÉ insegnò la via a tenersi dal terzo, che io pure adotto. Il terzo, egli dice, non ha bisogno di attaccare la decisione; basta ch'egli faccia giudicare con azione principale che la sentenza arbitrale non gli può essere opposta: e se fosse stato chiamato in giudizio per rendere eseguibile la sentenza contro di lui, potrà prendere le sue conclusioni in questo senso.

c) Qual è l'effetto delle sentenze arbitrali rispetto ai condebitori solidarii e ai fideiussori? Per far breve, io ritengo nè più nè meno delle altre sentenze. *V.* i principii stabiliti nel Codice civile dall'art. 1184 al 1201, e dal 1898 al 1931.

Articolo 30.

Contro le sentenze degli arbitri si ammette la domanda di rivocazione, nonostante qualunque rinunzia, nei casi, nelle forme, e nei termini stabiliti per le sentenze dell'autorità giudiziaria.

La domanda di rivocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa.

Annotazioni.

1. Il titolo presente assai bene sistemato, passa a rassegna le diverse vie di oppugnare le sentenze, e le viene applicando colle dovute modificazioni al giudizio arbitrale. L'istituto della rivocazione (art. 494 e seg.) è applicato in tutta la sua pienezza e nonostante qualunque rinunzia. È però una deviazione singolare dal sistema, che, mentre i giudici della rivocazione sono quegli stessi che hanno erroneamente pronunciato (art. 498), perchè sentenza infetta da errore di fatto o da vizi morali si considera non esistente, gli arbitri invece non possono rivedere la propria sentenza. Ciò avviene per la egualmente singolare natura degli arbitri limitati alla giurisdizione ad essi delegata, nella quale si ritiene non essere compresa la facoltà di giudicare due volte.

L'art. 494 (*V.* appresso) parla di sentenze contraddittorie *in grado d'appello*, perchè la rivocazione è rimedio straordinario, e i reclami debbono portarsi prima di tutto all'ap-

pello ordinario. Ma s'intende che, qualora la sentenza arbitrale formasse cosa giudicata, essendo inappellabile, la causa si porterebbe immediatamente al giudizio di rivocazione.

2. **Questioni.** — *a) Per agire in rivocazione è necessario che la sentenza arbitrale sia munita dell'*exequatur? Così deve ritenersi. Il decreto esecutorio è il primo e ordinario esperimento della giurisdizione magistrale. Le eccezioni che militano contro la sentenza, in quanto sia nella sfera d'attribuzione del pretore, si oppongono in quel giudizio. La parte che si grava della sentenza, nel silenzio dell'altra parte, domanda che la esecuzione sia reietta. Se questo ottiene, il giudizio straordinario di rivocazione non ha più luogo.

b) Se la sentenza arbitrale contiene più capi distinti, e la rivocazione cade sopra uno di essi, avrà la sentenza stessa vigore in tutto il resto? Ciò è fuori di dubbio, ed è conforme al disposto dell'art. 496.

c) Sarà applicabile l'art. 503? Io così penso.

d) Può il Tribunale rivocante giudicare il merito secondo l'art. 508? Lo può come subentrato di diritto al Tribunale arbitrale, la cui giurisdizione è finita.

Articolo 31.

Contro le sentenze degli arbitri pronunziate in appello è ammesso il ricorso per cassazione, eccettuati i casi seguenti:

1° Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunziare come amichevoli compositori;

2° Quando le parti abbiano rinunziato al ricorso per cassazione.

Le sentenze degli arbitri non possono essere impugnate per cassazione coi mezzi per cui è concessa l'azione di nullità dall'articolo seguente, salvo il diritto di ricorrere per cassazione contro la sentenza che abbia pronunziato sulla detta azione.

Annotazioni.

1. Ampliandosi nella legge italiana il concetto della Cassazione, il ricorso fu ritenuto di diritto nei giudizi arbitramentali, contro ciò che tengono i francesi (art. 1095 del Codice sardo del 1854; art. 1127 del Codice del 1859, identico al presente. Non tutte però le cause, che autorizzano il ricorso in cassazione nei giudizi comuni, producono questo effetto negli arbitrali, rapporto ai quali è creato un rimedio nuovo, quello dell'*azione di nullità* (*V.* l'articolo seguente). Al quale rimedio è data la preferenza sul ricorso in cassazione, come si manifesta dalle estreme parole dell'articolo: senza però che il rimedio della cassazione, neppure per quelle tali cause, in ultima analisi si sia tolto, *salvo il diritto di ricorrere per cassazione contro la sentenza che abbia pronunziato sulla detta azione.* I rimedii adunque si moltiplicano e, quasi direi, si addossano sulla decisione degli arbitri, come a controbilanciare le garantie che in quella difettano.

2. Quantunque nella prima linea dell'articolo si accenni in genere al diritto di ricorrere in cassazione *contro le sentenze pronunziate dagli arbitri in appello*, anche qui valga l'osservare che il ricorso avrebbe luogo immediatamente dalla sentenza degli arbitri *per convenzione inappellabile*, eccettochè non si fosse rinunziato al *ricorso*, rinunzia che non ammette veruna limitazione: non ammette limitazione (prego bene ad avvertirlo), perchè le cause più notevoli ed enormi di nullità, e particolari al compromesso, sono rassegnate al rimedio stabilito nell'articolo seguente, contro il quale niuna rinunzia suffraga.

3. L'articolo non indica in qual tempo o in qual modo s'interponga il ricorso dalla sentenza degli arbitri. Non altrimenti da quello che si è avvertito al precedente articolo, *il ricorso non può interporsi* (dato ancora che la sentenza sia inappellabile) *che dopo il decreto pretoriale che lo rese eseguibile:* solo allora essa è riconosciuta legalmente come sentenza. Per diretta analogia coll'articolo 29, alinea 3: *dalla notifica del decreto esecutivo e della decisione arbitrale che vi è unita comincia a correre il termine dell'art.* 518.

4. La sentenza che decide *la questione di nullità* è suscettiva di ricorso; ed è piano che essa lo è per le cause generali determinate dall'art. 517.

5. Il ricorso in cassazione non è sospensivo. E nella soggetta materia MONGALVY, *Arbitrage*, edizione belga, n° 559.

Articolo 32.

La sentenza degli arbitri può essere impugnata per nullità, non ostante qualunque rinunzia:

1° Se la sentenza sia stata pronunziata sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dei limiti del compromesso;

2° Se la sentenza non abbia pronunziato sopra tutti gli oggetti del compromesso, o contenga disposizioni contraddittorie;

3° Se la sentenza sia stata pronunziata da chi non poteva esser nominato arbitro, o da arbitri non autorizzati a decidere in assenza degli altri;

4° Se non siano state osservate le prescrizioni degli articoli 21 e 22;

5° Se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificatamente nel compromesso.

Annotazioni.

1. La legge non abbandona al volere delle parti ciò che vi ha di essenziale al carattere giuridico del compromesso, e toglie ogni efficacia alla rinunzia. I titoli di nullità contenuti nell'articolo, essendo così essenziali come ho detto, si estendono ad ogni sorta di compromesso, *non escluse le pronunciazioni degli amichevoli compositori* (MONGALVY, *Arbitrage*, ediz. belga, n° 491). Mancando quelle forme intrinseche ed essenziali, non c'è compromesso, o non c'è giudice, o non c'è sentenza.

2. **Questioni.** — *a) L'azione di nullità è sospensiva?* Una notabilissima differenza dall'Istituto francese richiama la nostra attenzione intorno all'indole di quest'azione (egualmente proposta dall'art. 1129 del Codice precedente) e ad alcuni effetti del giudizio di nullità. Evidentemente la legge francese tendeva a rendere il rimedio più pronto, semplice ed efficace. Perciò nell'articolo 1028 dichiara *che le parti potranno provvedersi per via di opposizione contro l'ordinanza di esecuzione*; e questa opposizione in nullità vien fatta avanti il Tribunale, il cui presidente ha resa la suddetta ordinanza. (È principio incontrastato che l'ordinanza esecutiva mai *non è nulla di pieno diritto*). Suol dirsi in quel sistema che *la domanda di nullità s'identifica colla opposizione*, e quasi si confonde con quella. E questo porta che *la opposizione sospende* necessariamente l'effetto della ordinanza, quantunque qualificata essa pure rimedio straordinario; ed è ritenuto che quando l'esecuzione fosse ordinata, il rimedio della opposizione sarebbe tardivo, e non potrebbe sospenderne gli effetti (CARRÉ, art. 1028, quest. 3386). La differenza della nostra da quella legge risolve il quesito. Il rimedio *dell'azione di nullità* è straordinario, della stessa indole della *revocazione* e della *cassazione*. Non attacca il *corpus* stesso della ordinanza di esecuzione, non lo impedisce di progredire; apre un giudizio nuovo ove si discuteranno i suoi vizi, ma intanto la sentenza così fornita d'esecuzione ha un'esistenza di cosa giudicata, e non è punto arrestata nei suoi effetti.

Il sistema francese, bisogna convenirne, benchè in apparenza più semplice, è più involuto ed assai meno logico, mentre, condensando tante questioni di merito in un giudizio meramente esecutivo, viene anche concedendo al giudice d'esecuzione facoltà che non gli possono competere.

b) Ma può proporsi la domanda di nullità prima dell'ordinanza esecutiva? Rispondo del no, come in altro caso notai nel precedente articolo, *perchè trattasi di rimedio straordinario* surrogato alla cassazione per la natura della sentenza d'arbitri.

c) Se nel compromesso sono stabilite delle forme particolari al procedimento arbitrale, la inosservanza di qualunque di dette forme darà luogo all'applicazione del n° 5° dell'articolo? Bisogna distinguere: — o le forme specificate nel compromesso sono contrarie a quelle stabilite dalla legge come essenziali a tale giudizio, la convenzione non può aver effetto; e i giudici dovranno prescinderne e tenersi alla legge; — o non siamo in quel caso, bisogna, al veder mio, suddistinguere. Se le forme sono di natura che, secondo la legge di procedura, devono osservarsi sotto pena di nullità, ovvero il compromesso porta che devono osservarsi sotto pena di nullità, il non osservarle rende nullo il giudizio; se le forme poi, per se stesse non necessarie, sono annunziate senza commi-

natoria, s'intende semplicemente a norma direttiva.

d) Effetto della clausula penale. Se le parti avessero stipulata una pena a carico di colui che si valesse dell'azione di nullità? Ritengo con MONGALVY e colla giurisprudenza da lui ricordata (n° 494, edizione belga) che la stipulazione sia nulla.

E ciò quantunque la *clausula penale* stipulata pel caso d'appello non tolga veramente la facoltà di appellare, ma obbliga alla pena.

e) Se la sentenza è appellabile, è d'uopo esperimentare l'appello prima di instaurare l'azione di nullità? Osservo che la *sentenza degli arbitri* si attacca di nullità, non quella che l'autorità giudiziaria pronuncia in grado d'appello. Quindi se l'appello è portato all'autorità giudiziaria, ritengo non vi sia più diritto all'azione di nullità; salve le vie della cassazione contro la sentenza d'appello.

Non si può non avvertire che l'articolo 1028 della procedura francese dichiara *non esservi bisogno di appellare*, il che è contrario al naturale ordine dei giudizi. La clausula quindi non si legge nel nostro Codice.

Articolo 33.

La domanda di nullità si propone nel termine indicato nell'articolo 29 davanti l'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente a conoscere della controversia.

Quando sia dichiarata la nullità della sentenza degli arbitri, l'autorità giudiziaria pronunzia anche sul merito della controversia.

Annotazioni.

È dovuto al nuovo Codice l'avere qualificata nettamente l'*azione di nullità*, estraendola, per così esprimermi, dall'involucro dell'*opposizione* ove rimaneva imbarazzata, quasi all'uso francese (art. 1129, 1130, 1131 del Codice di procedura civile sardo del 1859). Quindi anche il termine, sempre dianzi controverso, restò chiaramente definito. La competenza del pari è stata fissata con precisione. Il *giudice dell'opposizione* non era sempre il competente a definire la controversia di merito, ond'ora nato l'art. 1130 che lasciava molta incertezza.

Articolo 34.

Il compromesso cessa

1° Per la rivocazione della nomina degli arbitri, fatta di consenso delle parti, nella forma stabilita dall'articolo 11;

2° Per la morte, la ricusazione, la desistenza o l'incapacità di uno dei medesimi, salvo patto contrario e quanto è stabilito nell'articolo 12;

3° Per la scadenza del termine stabilito nel compromesso, o, in difetto, decorsi giorni novanta dal compromesso. Nel caso dell'articolo 12, il termine decorre dal giorno in cui sono nominati tutti gli arbitri.

Se nel termine sia stata pronunziata sentenza non definitiva, decorre dalla data del decreto che la rese esecutiva un nuovo termine eguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge.

Gli arbitri che, accettata la nomina, e senza giusto motivo, desistano o non pronunzino nel termine stabilito, sono tenuti al risarcimento dei danni verso le parti.

Annotazioni.

1. Al n° 1°. — Due cose vi sono chiaramente determinate: 1° che la revoca degli arbitri dev'essere formale; 2° che anche gli arbitri nominati dall'autorità giudiziaria (art. 12) sono revocabili. La *revoca formale* non esclude la *revoca tacita*, quando essa pure sia formale. Tale sarebbe la *nomina di altri arbitri in luogo dei primi;* la *transazione*, che però può meglio qualificarsi una *revoca reale*, cioè l'abbandono del compromesso.

Debbo notare l'effetto della transazione *posteriore all'emanazione del giudicato degli arbitri.* Sono state introdotte delle distinzioni che noi pure accettiamo. Se il giudicato era cono-

sciuto, la transazione è valida ed innova; se non era conosciuto, si suddistingue. O il giudicato è suscettivo d'appello, la transazione è valida; o era inappellabile, la transazione è inutile (CARRÉ, articolo 1008, quest. 3286, e CHAUVEAU, ivi; GOUBEAU, t. I, p. 224; THOMINE, t. II, p. 660).

2. **Al n° 2°.** — Gli arbitri sono dunque ricusabili. Per quali cause? *Per tutte quelle che rendono ricusabili i giudici* che posseggono la giurisdizione maggiore: quindi per quelle proposte nell'art. 116. Tale è la dottrina più ricevuta in Francia (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 25; THOMINE, p. 378; CARRÉ e CHAUVEAU, art. 1014, quest. 3317). L'art. 116 è tassativo, non dimostrativo.

L'articolo non dichiara se le cause debbano essere *anteriori* o *posteriori* al compromesso (tutto questo si dice rispetto agli arbitri volontarii; quanto a quelli nominati dal Tribunale non occorre la distinzione). L'art. 1014 del Codice di procedura francese non ammette che le *cause sopravvenute* mentre che le parti potevano eleggere arbitri non puri d'ogni macchia e d'ogni interesse nella intera libertà di cui godono. Questa condizione dobbiamo accettarla anche noi; è nella natura delle cose. Per altro la dottrina considerò, e con ragione, che le pecche dell'arbitro *potevano essere ignorate* (DALLOZ, t. I, p. 693, not. 1; GOUBEAU, t. I, p. 232; BOITARD, ecc.). In tutto questo la pratica procederà con molta cautela. È un eccellente rimedio la ricusazione, ma l'abusarne è così facile! La prova? basterà al ricusante il dire ch'egli ignorava? Questo no certo. Ci vorranno degli argomenti probabili, sebbene negativi, a persuaderlo. Vi saranno cause per se stesse non ignorabili (per es. un processo fra le parti, l'inimicizia, ecc.); altre deboli; altre meno facili a sapersi, o più gravi. Criterio di apprezzamento!

3. Gli *arbitri conciliatori* sono ricusabili per quelle cause per le quali *si ricusano i periti* (art. 403). Ma questi non sono gli arbitri-giudici.

4. La *cognizione dei motivi* in questa materia appartiene al Tribunale o alla Corte che sarebbe giudice della causa. Così io ritengo. La *procedura da seguirsi*, come gli effetti della ricusazione, non possono esser diversi da quelli stanziati nel Capo III del Titolo I.

5. *In qual termine si farà la ricusa?* Tre giorni *prima della udienza degli arbitri*, per seguire l'indeclinabile analogia dell'art. 121. (Il nome del giudice in questo caso non può essere ignoto.)

6. **Questioni.** — *a) Nel giudizio di ricusazione devono essere citate tutte le parti compromettenti?* Ciò è chiaro, atteso l'interesse che tutte vi hanno.

b) L'arbitro, appena fattagli la notificazione dell'art. 124, deve astenersi? Questo pure è preciso pel detto articolo. Io mi esprimo con tanta asseveranza, quantunque conosca che la giurisprudenza francese oscilla ancora su questo punto. Ma ivi la disputa nasce principalmente sulla formalità della notificazione dell'atto di ricusa al giudice: quest'avvenuta, l'astinenza del giudice è di diritto.

c) Si può compromettere che gli arbitri non ricusati, o altri nominati a questo effetto, saranno giudici del ricusato? Nessuna legge osta a siffatta convenzione (GOUBEAU, t. I, p. 258; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 3320 bis).

Osservo che l'articolo si è espresso impropriamente dove ha detto: *Il compromesso cessa... per la ricusazione...*, essendochè la istanza del ricusante può anch'essere rigettata.

La clausula *salvo patto contrario* è manifestamente applicata alla *durata del compromesso*, che malgrado la *morte*, la *ricusazione*, ecc., potrebbe continuare in forza di opportune convenzioni.

7. **Al n° 3°.** — Il termine della durata del compromesso è in piena balìa delle parti; la legge surroga il proprio di novanta giorni a quello che le parti hanno lasciato in bianco. L'articolo si è affrettato a dichiarare che la regola non corre rispetto alla nomina degli arbitri che fa il Tribunale *in relazione all'articolo* 12. Lo stesso accade senza dubbio in quei casi nei quali le parti arbitrano in futuro senza nominare i loro compromissarii come si è detto in altro articolo: dipendendo la nomina dal Tribunale, varrà la stessa regola. (Sulla decorrenza di questo termine, male fissata, in Francia si disputa ancora: THOMINE, t. II, p. 657; SOUQUET, *Des temps lég.*, v° *Arbitrage* contro MERLIN, ecc.) È da prevedersi un terzo caso. *In un contratto si nominano arbitri* per giudicare le contestazioni che da quello saranno per nascere. L'articolo si vede inapplicabile a questo *compromesso condizionale*. Il termine non potrà decorrere che dal momento in cui gli arbitri saranno intimati per entrare in funzione.

8. **Sulla proroga del termine.** — Le parti possono sempre prorogare il termine, ciò è indubitato.

Questione. — *Se nel compromesso fu data agli arbitri una facoltà indefinita di prorogare il tempo, non vi sarà in effetto limite alcuno a tale facoltà?* La prima difficoltà che si presenta è se colla *prima proroga gli arbitri abbiano*

esaurita la loro facoltà; e contro l'opinione di alcuni chiari scrittori io recisamente lo nego. Quale base di ragione ha ella mai siffatta opinione? (L'art. 47 non è applicabile al compromesso.) Ma dunque non vi sarà termine; dipenderà dagli arbitri negligenti o corrotti di stancare il tempo e la pazienza dei giudicabili? Non credo questo; ma ognuna delle parti potrà ricorrere al Tribunale onde, date le circostanze, porre un limite di tempo entro il quale dovrà compiersi il giudizio.

Ritengo che la facoltà di prorogare, che non fu data nel compromesso originale, debba risultare da uno scritto, non però a tal rigore che i fatti successivi delle parti e le loro agnizioni giudiziali, e quelle che chiamano *procedura volontaria*, non bastino a comprovare la proroga.

Osservazione generale. — Se il compromesso è svanito per trascorso di tempo o per altra causa, *gli atti restano;* dai quali possono cavarsi delle *prove* valevoli in altri giudizi.

Osservazione al 1° alinea. — È fissata l'efficacia interruttiva del termine nelle pronuncie interlocutorie; è stabilito il nuovo termine che ricomincia *ministerio juris*. Invero la durata del compromesso può così portarsi ad una grande diuturnità. Ma per *sentenze non definitive* s'intendono anche le preparatorie, ordinatorie, che nulla decidono del merito, e che non hanno seguito? Io nol posso credere; io che già mi sento inquieto per la troppa lunghezza del termine rinascente a periodi sempre uguali al primo.

La *cessazione del compromesso*, finito il termine, è *totale;* eccettuato il caso che dentro il termine non si fosse pronunciato sopra *capi distinti e separati* da quelli che restarono a giudicarsi, o si giudicarono fuori del termine.

Al 2° alinea. — La disposizione è nuova; essa presenta agli arbitri una prospettiva poco confortante; è manifesto però che la comminatoria non sarà mai applicata che concorrendo o il dolo o la colpa lata, e quando il fatto sia proprio senza scusa.

Osservazione generale. — *Le norme del compromesso civile saranno applicate ai compromessi in materia commerciale?* L'art. 1135 del precedente Codice è stato soppresso; *arbitri conciliatori* si sono veduti apparire (art. 402 e segg.) con norme non identiche. Opino che questo titolo non presenti che delle analogie, e non delle applicazioni dirette.

Digitized by Google

LIBRO PRIMO

DELL' ORDINE E DELLA FORMA DEI GIUDIZI

TITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI

Questo Titolo ha ricevuto un'ampliazione richiesta dai bisogni della teoria. Disposizioni attaccate a particolari contingenze della procedura contenevano un carattere di generalità che andava così perduto, e ci lasciava incerti sopra le sue applicazioni più estese. Si è fatto di più; si è salito sino a ciò che è assiomatico nel diritto giudiziario; carattere dottrinario, che io non rifiuto mai nelle leggi che amo di vedere intente ai principii sommi, e ricordarli talvolta. Ci sono anche delle cose nuove, malgrado la materia sia quella di tutti i Codici di procedura; del resto questo complesso di regole non forma un insieme all'uso delle famose *regulæ juris* del diritto romano, sintesi maravigliose che abbracciano tanto campo della scienza giuridica.

Articolo 35.

Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente.

Articolo 36.

Per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla medesima, è necessario avervi interesse.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei loro diritti devono essere rappresentate, assistite, o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità.

Annotazioni.

Il motivo generalissimo e sottinteso di ogni piato giudiziale si è voluto qui esprimere. Il criterio dell'interesse è semplicemente quello che le parti asseriscono di avere. « È noto l'assioma che l'interesse è la misura delle azioni. La dottrina e la giurisprudenza lo hanno sempre ritenuto; spetta alle medesime regolare l'applicazione; alla legge basta lo enunciarlo. » *Relazione Pisanelli.* E deve bastare anche a noi.

Capoverso dell'articolo. — *V.* art. 136, 137, 138 del Codice di procedura civile; art. 28, 134, 224, 227, 296, 318, 329, 339 del Codice civile.

Digitized by Google

Articolo 37.

Ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento.

Annotazioni.

Per *domanda* devesi qui intendere non soltanto quella con cui s'introduce un proprio e vero giudizio, che non può mai cominciare che da un *atto di citazione*, ma qualunque altra iniziativa di procedimento relativa a materie dette *speciali*, che formano il soggetto del Libro III della procedura civile. Ma potrà un giudizio, anche formale, iniziarsi senza citazione e per comparsa volontaria delle parti? Io ne avrei proprio dubitato, se le parole di quell'egregio che stese il progetto che poi fu adottato non fossero venute a illuminarmi ed a persuadermi sì notevole e, quasi si direbbe, ardita innovazione sui sistemi conosciuti. Ecco le sue parole che vogliono essere meditate: « Ma anche « quando sia richiesta la citazione, possono « le parti presentarsi volontariamente davanti « l'autorità giudiziaria per far valere le loro « ragioni. Siffatta facoltà non proscioglie i li- « tiganti dall'osservanza di tutte le altre for- « me che governano ciascun procedimento giu- « diziario. Il progetto ammettendo che *le parti* « *possono presentarsi volontariamente in giu-* « *dizio*, non dispensa che dalla notificazione « per atto d'usciero ».

Articolo 38.

Non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

Il diritto della difesa è qui proclamato, e poi subito messo in forse dalla limitazione. Io non conosco fortunatamente veruna *domanda contro di alcuno*, sulla quale *possa statuirsi non citata* o *non sentita la parte contro cui è proposta*. Ho sempre deplorato questa forma, pur troppo così frequente anche nel presente Codice, questa forma di rinvio generale ad altre leggi che non s'indicano, e che per avventura non esistono. Vi sono delle materie che si trattano *senza contraddittore* in Camera di consiglio (art. 778, 794, 845), per es., materie d'ordine amministrativo, che hanno d'uopo di un rito giudiziale (art. 825, 847), e forse alcune altre disposizioni meglio ordinate che il presente articolo non suppone.

Articolo 39.

La notificazione di qualunque atto, che la legge dichiari doversi fare alla parte personalmente, si fa mediante consegna di copia dell'atto nei modi stabiliti per la citazione.

Annotazioni.

L'articolo 135 pone la regola *che la citazione dev'essere notificata alla persona del convenuto*. La necessità delle cose impone bentosto la limitazione della regola. *V.* art. 139.

Articolo 40.

Quando, a norma dell'articolo 19 del Codice civile, si elegga domicilio in un comune senza indicare la persona o l'uffizio presso cui si elegge, l'elezione produce soltanto l'effetto di determinare la competenza.

Quando sia indicata una persona o un uffizio presso cui si elegge domicilio, tutte le notificazioni relative all'atto per cui si fece l'elezione possono eseguirsi al domicilio eletto, salvo i casi indicati nel capoverso dell'articolo 140.

Annotazioni.

1. Esso ha ragione di stare fra le regole generali per essere più largo e comprensivo dell'art. 140, col quale poi a certi effetti si congiunge. L'art. 19 del Codice civile stabilisce la relazione di diritto: *Si può eleggere domicilio speciale per certi affari od atti. Questa elezione deve risultare da prova scritta.* L'articolo dichiara l'effetto giuridico di una convenzione o dichiarazione più o meno specifica rapporto al luogo, effetto che comincia a manifestarsi e diviene considerabile *entro la periferia di un Comune.* Ne risulta abbastanza chiaramente che non avrebbe alcun effetto una convenzione o dichiarazione di domicilio che si permettesse una estensione maggiore che quella di un Comune, per es., il distretto di una prefettura o di una Corte di appello, o pur anche di un Tribunale di circondario; sia pei termini troppo vaghi, sia perchè non potrebb'essere nucleo di ogni competenza, cominciando da quella del conciliatore, che muove dai centri più limitati.

2. Che la elezione del domicilio *in un Comune*, senza veruna indicazione di luogo specifico e di persona determinata, abbia l'effetto, senza dubbio, importantissimo di *stabilire la competenza*, è un portato della nuova legislazione. Che una così fatta elezione di domicilio nulla influisca sulla modalità della citazione o di una notificazione qualunque, è palese dalle altre regole del Codice; l'atto non si notifica in quel Comune ogni volta che in esso non risieda il citando o non vi abbia il suo *domicilio reale*, mentre a chi mai e in qual luogo preciso potrebbe notificarsi?

3. La maggiore efficacia della convenzione domiciliare rispetto ai giudizi favorisce la libertà, restringendo l'autorità regolatrice dello Stato. Questa tendenza dei nuovi Codici si manifesta eziandio nel presente articolo. È osservabile che, a cagione d'importanza, si è voluto farne una regola generale. La seconda parte dell'articolo risponde alla prima, in quanto questa fissa l'effetto del domicilio generico in un dato Comune, e quella dichiara che una elezione a luogo e persona determinati si parificano alla presenza personale, alla residenza e al domicilio reale per la validità di ogni notificazione giudiziaria. Questo articolo che non fa che rivestire di modalità il 19 del Codice civile, al pari di quello non distingue se l'elezione sia un fatto unilaterale, o bilaterale e contrattuale, che sembrerebbe dover produrre effetti dissimili. Per altro è cosa rara, e non accade quasi mai, che taluno si assoggetti a questa vera restrizione della propria libertà, se non in qualche modo obbligato dalla sua posizione verso un terzo qualunque. È perciò che la elezione del domicilio giudiziale (a differenza di ogni altro spontaneamente e a proprio comodo prescelto) si qualifica ordinariamente per una obbligazione.

4. **Precedenti storici.** — La elezione del domicilio, agli effetti giudiziali, fu attributiva di giurisdizione sino dall'epoca classica (Leg. 1, 2, 19 Dig. de judic.; Leg. 29 Cod. de pact. convent.; Leg. 18 de jurisd.): valeva eleggere a se stessi la giurisdizione. Io non ho qui spazio per esporre quei testi, ma vi troverei facilmente un elemento convenzionale, molto consimile a quello onde le parti scelgono il proprio giudice. Neppure per le leggi nostre si ha grave occasione a disputare se la elezione del domicilio giudiziale non sia, fino ad un certo punto, attributiva di giurisdizione, ma le discordie furono grandi quando si trattò di sapere se il domicilio di elezione surrogasse il reale all'effetto della notificazione degli atti, delle citazioni e delle sentenze principalmente (Boncenne, t. II, p. 218; Favard de Langlade, t. I, p. 134; Dalloz, t. VII, p. 796, n° 7; Chauveau in Carré, quest. 365 bis). La dottrina e la giurisprudenza si pronunciarono generalmente a favore della legalità dell'atto notificato al domicilio eletto, e così pure noi abbiamo ritenuto nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, p. 228, 229.

5. **Questioni.** — *a) La elezione del domicilio è determinativa di competenza anche per quanto riguarda le azioni reali?* Motivo di dubitare sarebbe la natura stessa delle azioni reali (fra queste ponendo anche le possessorie di qualunque indole) che si deferiscono al giudice locale per ragioni di peculiare interesse nell'amministrazione della giustizia; ma la legge odierna troncò le dispute, e pose al di sopra di ogni altro riflesso la volontà delle parti. Onde nacque l'art. 95 (*V.* a suo luogo).

b) Il creditore, o chi si pretende tale, non avrà egli medesimo la facoltà tanto di preferire la giurisdizione ordinaria, che di citare il preteso obbligato al domicilio reale? Ciò è fuori di dubbio (Merlin, v° Domicilio eletto, § 2; *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, p. 229; *Annotazioni al Codice civile del* 1865, per Cattaneo o Borda, art. 19, n° 3).

c) Il domicilio eletto per un pagamento o per la esecuzione di un contratto ha esso gli effetti determinati in quest'articolo? Se l'azione è relativa al pagamento o alla esecuzione del contratto, rispondo affermativamente, mal-

grado le diverse opinioni di non pochi glossografi francesi. Checchessia di quel Codice, non si può dissimulare nè la latitudine del presente articolo, nè lo spirito più liberale di questa legislazione. *Le altre note che riguardano la materia sono portate all'art.* 140.

Articolo 41.

Gli uscieri procedono alle citazioni, notificazioni, e agli altri atti del loro ministero senza permissione dell'autorità giudiziaria, salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente.

Gli uscieri sono tenuti di indicare nell'originale e nella copia degli atti ai quali procedono le spese dei medesimi, sotto pena dell'ammenda di lire cinque.

Gli uscieri non possono fare atti del loro ministero che riguardino se stessi, la loro moglie, i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, sotto pena di nullità.

Annotazioni.

1. La omissione o l'errore nella nota della tassa non influisce sulla validità dell'atto. L'usciere paga cinque lire *a pena della omissione totale;* ecco tutto. La disposizione non è estensibile agli atti da procuratore a procuratore (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 215 ter.

2. Gli atti che gli uscieri non possono fare *per sè* e *pei parenti*, non si possono far *contro*. Vero è che il pericolo della corruzione e del favore motivò questa disposizione, d'origine francese; ma, prescindendo dall'osservare che è difficile far la cerna degli atti e separare quelli che sono in difesa da quelli che in offesa, non si può imporre all'usciere l'atto ripugnante: nel primo caso l'immoralità sarebbe un pericolo, e nel secondo sarebbe un fatto, e, che è peggio, un fatto legale. La nullità dell'atto, fondata in tali cause, è allegabile da ogni parte, e dagli stessi parenti. Quanto alla *moglie* il divieto opera ancorchè legalmente separata dal marito usciere. Morta la moglie, dura il vincolo d'affinità quantunque non esista prole, secondo la determinazione del Codice civile (art. 32), seguendo le tradizioni del diritto ecclesiastico. Dura pertanto l'impedimento dell'usciere contro i parenti stretti della moglie, affini suoi. Benchè la parentela naturale cominci e finisca nel padre e nella madre, constatato il vincolo, non potrà l'usciere far atti pro o contro il figlio naturale (*V.* PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 190).

3. Questione. — *Può l'usciere fare atti del suo ministero in confronto di persone sue parenti o affini, ma rappresentanti l'interesse di terzi che non sono per lui nè l'uno nè l'altro?* Rispondo che non è questo il caso di applicare l'articolo, salvochè i rappresentati non avessero nell'affare un interesse personale. Adotto così la decisione del CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 343, ter.

Articolo 42.

Gli atti di citazione, di notificazione e di esecuzione non possono farsi, dal 1° ottobre sino al 31 marzo, prima delle ore sette del mattino e dopo le cinque della sera, e, dal 1° aprile al 30 settembre, prima delle ore cinque del mattino e dopo le ore otto di sera, sotto pena di nullità.

Gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell'atto notificato, possono farsi nei giorni festivi.

Gli atti di esecuzione, eccettuati il pignoramento e il sequestro presso terzi, non possono farsi, sotto pena di nullità, nei giorni festivi, se non in caso d'urgenza, con permissione del pretore.

Per gli altri atti giudiziari che possono farsi nei giorni festivi provvede il regolamento.

Annotazioni.

L'astinenza da certi atti di giustizia tanto rigorosi da parere odiosi, e producenti dolori e scandalo nelle famiglie, è ordinata in omaggio dei giorni festivi, giorni di preghiera

e di pace. I Francesi avevano, od hanno ancora, i *jours de fête légale*, che non sono i *giorni festivi* (SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux*). Tale sarebbe anche da noi il giorno anniversario dello Statuto; ma non è giorno proibito. Ogni religione ha i suoi *giorni festivi*; ma è impossibile separare quest'articolo dall'articolo 1° dello Statuto che proclama religione dello Stato la cattolica. I giorni festivi delle religioni tollerate non si considerano; ma dovranno rispettarsi, quanto alle esecuzioni, e anche alle notificazioni degli atti giudiziali, i luoghi ove *actu* i loro ministri esercitano gli ufficii religiosi (*Commentario al Codice sardo*, t. v, p. ii, n° 429).

Articolo 43.

Nel computo dei termini misurati a giorni o a periodi maggiori non si comprende il giorno della notificazione.

Nei termini misurati a ore non si comprende l'ora della notificazione.

I giorni festivi si computano nei termini.

Annotazioni.

1. Mi piace di notare la miglior redazione di questo articolo in confronto dell'art. 1141 del precedente Codice. Il dire si è fatto più italiano, surrogando *notificazione* a *significazione*. Anche la parola *intimazione* è stata soppressa, poichè ogni *intimazione* è *notificazione*, non viceversa. Vi sono delle notificazioni ad *ore* (art. 154), il qual modo non è stato dimenticato, cosa molto importante. L'ultimo capoverso compie il concetto del termine, espresso d'altra parte con molta semplicità.

2. Lo stesso sistema (in ciò non diverso da quello precedentemente adottato) è semplice e chiaro, e questa superiorità della legislazione italiana sulla francese (art. 1033) è derivata: 1° dall'avere espulso dalla nozione generale l'*aumento del termine*, che faceva confusione, dovendo riportarsi alle singole determinazioni ove l'aumento è, od era necessario, a norma delle distanze; 2° dall'avere dato al corso del termine una grande uniformità, ritirando nel termine stesso il giorno della scadenza; ciò ha tolto di mezzo un'infinità di questioni. È razionale che il giorno o l'ora in cui è data la legale notizia di un termine che decorre all'adempimento di un'obbligazione, non valga nè per un giorno nè per un'ora, non essendo intero; ed è altresì razionale, che ciò che deve farsi in un termine, non sia fatto dopo il termine.

3. La prima parte dell'articolo, *nel computo dei termini misurati a giorni*, ecc., sta a significare che i *termini fissi pronunciati dal giudice* non cadono sotto questa regola. Si deve ritenere che il giudice abbia bene calcolato. Può enunciarsi una regola anche più generale di quella che l'articolo propone, che *ogni termine misurato a tempo dev'essere intero*, comprendendo tutto lo spazio accordato in guisa che sino all'ultimo momento si abbia facoltà di fare. Ne segue che i *termini puri*, mi si permetta questa formola, che non hanno d'uopo per trascorrere dell'esercizio di un atto qualunque o fatto dell'uomo, ma sono obbligatorii per ministero di legge, sono sempre interi e non hanno punto di partenza che sia fuori di loro. Tali sono quelli, per es., che si lasciano dalla legge a comodo di una parte contro la quale si vuole proseguire il processo (art. 624, ecc.): categoria di termini che non ha per oggetto un'obbligazione da adempirsi *nel termine stesso*; invece rappresenta la facoltà di fare, ma soltanto *dopo il termine*. Tale è appunto il caso del detto art. 624.

4. Vi sono pertanto dei termini che, osservati dal lato dell'agente, possono chiamarsi attivi, altri passivi: quelli sono dati ad esercitare una facoltà, questi importano l'obbligo di aspettare (tollerare) prima di esercitare una facoltà: *entro quindici giorni* si può fare la tal cosa, solo *dopo quindici giorni* si deve far la tal'altra; il primo termine è dato a me, il secondo al mio avversario. Il termine attivo si divide in *spontaneo* e *coatto*. Io posso mandare quando voglio una citazione, quantunque dal momento che io la mando scorrano certi giorni determinati per fare le mie produzioni; invece per fare la prova contraria nel processo testimoniale io ho un termine *coatto di quindici giorni* (art. 229), il cui inizio non dipendo dal mio volere, ma da un fatto dell'altra parte. Il fatto che dà principio e forma, per così dire, al termine, non è sempre una *notificazione* (per cui il presente articolo non è generale), può essere un altro fatto qualunque del processo: in ogni caso però quel giorno o quell'ora, in cui il fatto misuratore del termine si verifica, *non computatur in termine*, nel che sta tutta la teoria.

5. Ma l'ultimo giorno del termine, nel quale

è d'uopo agire, può essere menomato da certe condizioni speciali alla qualità del fatto che si deve adempiere, perchè subordinato a certe discipline che modificano l'azione. Così, se trattasi di esibizioni da farsi alla cancelleria o all'uffizio delle ipoteche, non si devono oltrepassare le ore d'uffizio (SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Greffier*, Introd., n° 85), eccetto che l'uffiziale pubblico, sotto la sua risponsabilità, non si prestasse a fare o ricever l'atto; ed è già stato deciso più volte. Si rammenta una decisione della Corte di cassazione francese, 6 aprile 1842 (*Journal Av.*, t. LXII, p. 353), resa a sezioni riunite, coll'intervento e voto del procuratore generale Dupin, quella celebrità giudiziaria or ora mancata alla Francia, ed ivi fu dichiarato che gli uffiziali di cancelleria non hanno obbligo di permanere in uffizio di là dalle ore stabilite dai regolamenti; quantunque anni addietro la stessa Corte di cassazione, in una sua decisione del 27 aprile 1815, in materia di graduatoria, avesse a dire che anche dopo le ore d'ufficio, e sino alla mezzanotte, potevano i creditori utilmente presentare i loro titoli. E fors'anche le decisioni si conciliano, in quanto lo invio dei documenti alla casa del cancelliere non esigeva da questo verun atto della sua carica, posto ch'egli ne avesse poi fatta spontaneamente la registrazione il giorno appresso (*V.* ciò che ne abbiamo detto nel *Commentario al Codice sardo*, t. V, p. II, n° 432).

Articolo 44.

Quando nel giorno fissato per la comparizione non vi sia udienza, si deve comparire all'udienza immediatamente successiva.

Articolo 45.

Quando la legge stabilisca un termine da decorrere dalla notificazione, questo termine decorre anche contro la parte a cui istanza è seguita la notificazione, salvo che la legge abbia diversamente stabilito.

Annotazioni.

La scienza legale di un fatto dà vita a quel rapporto giuridico tra le parti onde i diritti e le obbligazioni reciproche cominciano a svolgersi nel tempo. A stabilire codesto rapporto giuridico basta qualche volta l'*esistenza di un fatto legale*, quantunque non risulti un dato modo di comunicazione personale (articoli 169, 173, 176, 234, ecc.). L'uniformità della situazione di diritto tra le parti contendenti ha dettato questa saggia disposizione già preparata dalla giurisprudenza. Chi notifica alla parte contraria una sentenza che in parte è a lui stesso sfavorevole, misura con questo a se medesimo il termine per appellare, che in tal guisa diventa comune. Del resto questa disposizione è conforme all'art. 1144 del Codice del 1859.

Articolo 46.

I termini, scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità, sono perentorii e non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria, salvo i casi eccettuati dalla legge.

Articolo 47.

Nei casi in cui il termine può essere prorogato, non è luogo a proroga, se la domanda non sia stata proposta prima della scadenza del termine.

Non può accordarsi che una proroga, salvo il caso di forza maggiore giustificata e dichiarata nel provvedimento di proroga, o di consenso dato dalle parti, non soltanto dai loro procuratori.

Annotazioni.

1. La decadenza e la nullità per decorrenza di tempo s'incontrano allora solo che la sanzione della legge sia espressa. Ciò che nel precedente Codice di procedura si annunciava per

via di enumerazione e di esempi (art. 1145), ora si esprime largamente, assolutamente, e con tutta la forza di un principio. Noi ci auguriamo che la sua applicazione non trovi difficoltà nelle numerose contingenze a cui dovrà scendere; vogliamo anche sperare che l'uomo abile che formulò quell'articolo abbia avuto come in uno specchio presenti alla mente tutte le disposizioni del Codice, dove nel proporre i termini o attivi o passivi, del fare o del non fare, fu decretata la sanzione, o fu appositamente omessa per far intendere che non è poi assolutamente necessario di esercitare il diritto o di adempiere l'obbligazione nel termine designato (*V.* art. 56).

2. **Dubbii.** — Malgrado la nitidezza di questo testo, la materia non cessa di esser grave. Il termine (*dies*) induce obbligazione: nell'agente è un modo dell'esercizio del diritto, e insieme un limite della facoltà; rispettare questo limite e questo modo è un debito verso colui che deve subirla. Fissato il termine, egli è certo che *ante diem* non si può agire; *dies non cessit;* e si agisce nullamente. Ma il nostro articolo, *parlando di decadenza*, non riguarda evidentemente che gli atti che si fanno serotinamente *et post diem*, ciò che la legge proibisce; e la legge proibitiva ha insita la propria sanzione. Questo è un dubbio che chiamerò generale; convinto io d'altra parte che in fatto di termini e di procedura è d'uopo reggersi colle discipline speciali a lei proprie, o che la mutabile volontà del legislatore prefigge. Tuttavia, percorrendo il Codice, s'incontrano disposizioni che fanno fortemente dubitare sull'applicazione dell'articolo, almeno se si prenda alla lettera.

3. **Delle varie forme della procedura rapporto ai termini.** — Vi sono realmente dei casi in cui la facoltà di prorogare è espressa (art. 279, 418, ecc.). In altri è letteralmente permesso d'esercitar l'atto dopo il termine, e sino ad un altro stadio del processo (art. 477). In altri ancora l'irregolarità è colpita da pena (art. 177), e allora l'atto è valido. Spesso si trova irrogata la decadenza e la nullità, e ciò con una cura insolita ai Codici precedenti. Tal è quella degli art. 112 e 466. Quest'ultimo abbraccia un'ampia sfera di diritti e un gran numero di disposizioni: tutte quelle che riguardano le impugnazioni delle sentenze. Ma ve n'ha taluna, sfornita di sanzione espressa, ma che sembra portare in se stessa la causa della decadenza. Tal è la *ricusazione del giudice che deve farsi tre giorni prima dell'udienza quando al ricusante sia noto il nome del giudice*, ecc., e che non si saprebbe come mai potesse farsi dopo quel termine.

4. **Soluzione.** — Quel principio superiore che domina la teoria delle nullità giudiziali (*V.* appresso, art. 56, sarà pure scorta, io ritengo, nelle questioni di *decadenza*. È pericoloso trovare delle restrizioni al benefico dominio del presente articolo, e l'interpretazione ristrettiva sarà sempre la migliore. Tuttavia ci potrà esser caso in cui la natura dell'atto si dimostri tale da non poter essere eseguito oltre il termine prefisso, e allora esso sarà essenzialmente improrogabile (*V.* appresso, art. 56).

5. **Della proroga.** — Non è per altro lieve restrizione quella che impone due condizioni: la *domanda di proroga* e la *domanda anticipata*, ossia prima della *scadenza del termine*. Ogni termine scaduto, non interrotto dalla domanda di proroga, è sempre perentorio, e importa una decadenza relativa. *La proroga non è di diritto:* è sempre una facoltà del magistrato che la esercita *causa cognita*. Una proroga esaurisce la sua facoltà: questo è il principio di ragione rispetto ad ogni facoltà che non abbia in sè il germe delle reiterazioni successive.

La proroga *in caso di forza maggiore* non è che una giustizia.

Articolo 48.

Quando la legge richieda la presentazione di un mandato, questo deve essere in forma autentica, o per scritto privato con autenticazione delle firme, salvo la legge determini altra forma.

Per le amministrazioni dello Stato basta che il mandato sia sottoscritto dal capo, nel circondario o nella provincia, dell'amministrazione interessata, e munito del sigillo d'ufficio.

Annotazioni.

La forma del mandato che doveva esser sempre autentica, ora subisce una modificazione utilissima in pratica. Sono *autenticate le firme* per atto di notaio, in conformità dell'art. 1323 del Codice civile. Così fu derogato in parte all'art. 1147 del Codice del 1859.

Per *amministrazioni dello Stato* intendo anche quelle amministrazioni pubbliche e quegli istituti che *sono riconosciuti dallo Stato*, avvicinando questo articolo al 138.

Articolo 49.

Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia ne è fatta menzione.

Articolo 50.

I provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra hanno nome di decreti, sono scritti in fine del ricorso, e consegnati per originale alle parti dopo trascrizione nei registri.

I provvedimenti che si fanno in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, o dai conciliatori sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o d'uffizio, hanno nome di ordinanze, e sono trascritti nei registri.

Qualunque ricorso alle corti, ai tribunali civili, ai rispettivi presidenti o giudici delegati deve essere sottoscritto da un procuratore o avvocato esercente presso esse corti o tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Annotazioni.

Piace questa cura di definire le voci tecniche più importanti, e avviare il linguaggio legale ad una proprietà che dianzi era molto desiderata nei Codici a cui questo succede.

Esempi di *decreti* sono agli art. 1, 121, 181, 866, 877, 914, 925, ecc.; di *ordinanze*, agli art. 182, 209, 215, 217, 222, 223, 233, 252, ecc.

I ricorsi ai conciliatori, pretori e giudici di commercio possono farsi dalle parti e dal ricorrente sottoscriversi.

Articolo 51.

Quando l'autorità giudiziaria debba assumere informazioni o accertare qualche fatto senza contraddittorio di parte, vi provvede sul ricorso dell'interessato, e ne fa processo verbale.

Annotazioni.

Esempi sono negli articoli 119, 120, 121, 786, ecc.

Articolo 52.

Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche, sotto pena di nullità.

Quando la pubblicità possa riescire pericolosa al buon ordine o al buon costume per l'indole della causa, e negli altri casi stabiliti dalla legge, l'autorità giudiziaria, sulla richiesta del ministero pubblico o d'uffizio, ordina che la discussione abbia luogo a porte chiuse.

Il provvedimento è pronunziato in udienza pubblica, ed inserito coi motivi nel processo verbale d'udienza.

Annotazioni.

1. Bentham ha detto: « Il principale vantaggio della giustizia *reale* è di produrre la giustizia *apparente*; ora pur supponendo che la giustizia segreta sia anche buona, essa non sarà che *reale*, la cui utilità entro certi limiti si restringe; mancherà l'*apparente*, la cui utilità è universale ». Questo concetto del Bentham può passare per profondo, ed è già molto noto. C'è del vero senza dubbio, ma c'è anche di quel sensismo che è la base ordinaria dei giudizi del celebrato scrittore. La pubblicità ha un'influenza benefica e potentissima nell'amministrazione stessa della giustizia: contribuisce alla giustizia reale, non all'apparente soltanto.

2. La legge si rimette alla prudenza del

giudici. S'intende quali sono le *dispute pericolose al buon costume:* ma ve ne possono essere di *pericolose al buon ordine?* Forse quelle che, eccitando sregolate passioni, minacciassero la indipendenza del giudice e la necessaria quiete delle discussioni? E pare che sia. Per altro a questo provvede l'art. 355, che autorizza il presidente a far espellere dalla sala i perturbatori ed anche farli arrestare, ed è ben chiaro che potrà servirsi della forza armata, senza che perciò si chiudano le porte e l'udienza continui segreta. Se questo, come sembra, è il concetto legislativo (forse trasportato dal Codice precedente, articolo 1152, senza speciale avvertenza), mi dolgo che la legge dichiari la sua impotenza di frenare il disordine, e abbia d'uopo di rifugiarsi nel segreto, facendo piegare alla forza insolente il gran principio della pubblicità. L'articolo non parlando che delle *udienze*, e non facendo mostra di portare la menoma innovazione sulle dottrine e pratiche invalse, ne conseguita che la sentenza debba sempre pronunciarsi a porte aperte; l'articolo 7 della Legge 20 aprile 1810 (francese) ordinava la pubblicazione di tutte le sentenze; e così è prescritto dal presente Codice, art. 366. L'ultimo capoverso non riguarda la *pubblicazione della sentenza*, ma quella del *provvedimento* col quale si delibera che la udienza deve farsi o proseguirsi *a porte chiuse.*

3. La *pubblicità delle udienze* è uno dei cardini del nostro Diritto pubblico; è garantita dall'art. 72 dello Statuto, è una delle libertà del paese. « Le udienze dei Tribunali in materia civile e in materia criminale saranno pubbliche conformemente alle leggi. » L'essere pubbliche *conformemente alle leggi* significa che le leggi giudiziarie possono modificare e porre qualche limite alla pubblicità, ma per ragione bene giustificata.

4. **Precedenti storici.** — È un fatto universale che la pubblicità delle udienze ha sempre accompagnato le libertà politiche e le istituzioni democratiche. In Atene più che altrove: è celebre l'udienza degli *Eliasti.* Non erano chiuse al pubblico in Roma le udienze dei *pretori:* le cause criminali d'alto interesse erano agitate fra un popolo immenso. Cessata la libertà, le aule delle udienze dei *presidi* sono chiuse, e tutto avviene nel segreto (BECOT, *De l'organisation de la justice*, pref.). Lo spirito moderno nella pubblicità delle udienze mira alla *libertà giuridica* piuttostochè alla libertà politica; quantunque la prima trovi la sua garantia e la sua consistenza nella seconda.

Articolo 53.

Le autorità giudiziarie in tutti gli atti, ai quali procedono, devono essere assistite dal cancelliere o da chi ne faccia legalmente le veci.

Ai cancellieri, e a chi ne faccia le veci, è applicabile la disposizione del capoverso ultimo dell'articolo 41.

Annotazioni.

1. Si è creduto di rendere più semplice e più generale la disposizione dell'art. 1167 del precedente Codice. *Ma chi farà legalmente le veci del cancelliere? quando ne farà le veci?* Sono idee che hanno un rapporto fra loro. Un uffizio di cancelleria che ha un cancelliere capo e dei subalterni, fornirà di ragione il sostituto ad ogni mancanza o impedimento del funzionario superiore, senza che di ciò consti se non che in un modo interno e disciplinare. Se figuriamo un solo cancelliere nell'uffizio di conciliatore, per es., o di pretore, che non possa funzionare; o impediti entrambi e cancelliere e sostituto, allora resta a vedere se i giudici (singolari) e i Tribunali abbiano facoltà di nominare un provvisorio cancelliere che ne faccia le veci. Il dubbio nasce da ciò che l'art. 1167 lo diceva espressamente, e questo ne tace. Ritengo che la norma di quell'articolo, non dirò la disposizione, rimanga ancora, non essendo formalmente abrogata; ma solo nel caso in cui il cancelliere non abbia il suo sostituto d'ordine (art. 186 del Regolamento organico giudiziario).

La *redazione degli atti*, non l'assistenza soltanto, è del cancelliere. Questa funzione abituale e propria del cancelliere non è neppure dichiarata dall'art. 1040 del Codice di procedura francese; il Ministro delle finanze ebbe occasione di pronunciarsi in proposito nel suo decreto dell'11 novembre 1808, che è stato poi sempre ritenuto come normale.

2. **Questioni.** — *a) Può l'autorità giudiziaria prendere risoluzioni e fare rescritti fuori del seggio del tribunale, e anche da sola, suppongasi in casa propria, per affare il più urgente?* Faccio il caso di un sequestro urgentissimo che il pretore o il presidente sia richiesto a concedere, giusta gli art. 924 e 925. »

La nostra legge non proibisce al giudice di

far atti d'ufficio fuori del Tribunale, ma soltanto lo vuole obbligato all'*assistenza del cancelliere*, che imprime all'atto stesso l'autenticità, e quindi il suo valore estrinseco. Tutto ciò non esclude, io credo, i casi urgentissimi, affinchè non si dica che la forma prevale alla sostanza, in danno della giustizia. Una giurisprudenza sta dietro di noi ragionevole abbastanza per essere seguita. Corte di Tolosa, 1° settembre 1824 e 13 luglio 1827; di Nimes, 4 maggio dello stesso anno (*Journal Av.*, t. XXXIX, p. 95; t. XXVIII, p. 12), che, data l'urgenza e la necessità, si pronunciarono in senso affermativo. Vero è che in quella legislazione c'era una legge espressa quanto alla facoltà di spedire decreti urgenti dal giudice in propria casa; ma qui non si tratta di vedere cosa disponga la legge, ma se nel suo silenzio proibisca una cosa giusta. Inoltre fu già avvertito che neppure secondo quella legge il giudice era dispensato dal concorso del cancelliere in ogni suo atto.

b) Ma la ordinanza o atto qualunque, fuori del caso d'urgenza, non contrassegnato dal cancelliere, sarebbe nullo? La dottrina francese propagò la massima che nelle ordinanze o provvedimenti o decreti che dir si vogliano, emanati da un sol giudice, la sottoscrizione del cancelliere non era sostanziale (THOMINE, t. II, p. 347; CHAUVEAU in CARRÉ, art. 1040, quest. 3431, bis); la giurisprudenza fu varia. Oggi per noi è *questione decisa* dall'art. 362. — È necessaria la sottoscrizione del cancelliere. Benchè l'art. 362 non contenga la sanzione di nullità, la sua disposizione è troppo strettamente collegata col suo antecedente 361.

Articolo 54.

Le sentenze delle autorità giudiziarie sono pronunziate in nome del Re.

Annotazioni.

L'indecente omissione non produce la nullità della sentenza (art. 360, 361).

Articolo 55.

Il cancelliere che dia copia di una sentenza prima che sia sottoscritta e pubblicata, è punito a norma del codice penale.

Annotazioni.

1. L'art. 224 del Codice di proc. civ. del 1859 diceva: « I segretarii che rilascino copia d'una sentenza prima che sia sottoscritta e pubblicata, *incorrono nelle pene stabilite dal Codice penale sul falso* ». Ed era stato preso dall'art. 139 del Codice di procedura civile francese. È molto riflessibile la soppressione di queste ultime parole, e la illimitata estensione che si è data alla risponsabilità del cancelliere. E dico *estensione*, mentre non può dubitarsi che fra i pericoli che corre in questo funesto caso un cancelliere, vi ha quello di essere processato per falsario.

Di fatti una corrispondenza diretta esiste tra quella disposizione del Codice civile e quelle di vario grado che si leggono nel Codice penale. Eccole. Art. 344: « Il notaio *o altro pubblico uffiziale*, il quale, supponendo un *atto autentico che non esiste, ne rilascia una supposta copia in forma legale*, sarà punito a norma dell'art. 342, colla pena dei lavori forzati per anni dieci ». — Art. 345: « Il notaio o *altro pubblico uffiziale che rilascia una copia in forma legale di un atto autentico, il quale non abbia ricevuta la sua legale autentica firma*; o commetta una falsità in una copia legale ed autentica, rilasciandola in modo contrario o diverso dall'originale senza che questo sia stato alterato o soppresso, o con false dichiarazioni di insinuazione o di pagamento di altri diritti dovuti al pubblico erario, sarà punito colla reclusione estensibile ad anni sette. — Se nella copia rilasciata dal notaio *o da altro pubblico uffiziale* fu solo alterata la data dell'atto, e l'alterazione non ha per oggetto il favore o il danno di terzi, la pena sarà del carcere ». — Art. 346: « *Ove i reati preveduti nel precedente articolo accadano per semplice inavvertenza o negligenza del notaio o altro pubblico uffiziale, questi sarà punito colla sospensione dall'uffizio* ».

La legge colpiva giusto: il cancelliere è un uffiziale pubblico, e il dar fuori copie di sentenze come vere sentenze, quando non lo sono ancora, è commetter in largo senso una falsità (HÉLIE e CHAUVEAU, *Teorica del Codice penale*, n° 1584; CARNOT, all'art. 145, n° 9; SIREY, 29, 1, 303).

2. La falsità coesiste nella missione che ha l'uffiziale pubblico di *autenticare l'esistenza di quell'atto*, e nel valore di prova che a tale autenticazione è naturalmente annesso.

3. Un'osservazione assai notevole nel con-

fronto della nostra colla legislazione penale francese ella è, che in questa *si esige la prova del dolo* (art. 146, ed ivi tutti i commentatori), e la nostra lo suppone: *Dolus pro facto est.* La falsità è come il furto. I concetti dei riferiti articoli 344, 345, 346 non sono compatibili colla negligenza e colla ignoranza, molto meno colla buona fede. Questo modo d'intendere la nostra legge penale è confermato dal disposto dell'art. 346, che sta a rappresentare il fatto della *inavvertenza* o *negligenza.*

Del resto la legge civile non si occupa che di un fatto del cancelliere, che meritava di esser ricordato onde non rimanesse incerta la sua vera risponsabilità, e lascia al Codice penale il cómpito di descrivere le falsità salienti e decise che sono di sua competenza. Parlando delle sentenze, era indicato ed opportuno avvertire l'obbligo rigoroso che ha il cancelliere *di non rilasciare copie di sentenze non ancora sottoscritte:* secondo me, era quello per lo appunto il posto di una disposizione di tal natura e non si doveva collocarla fra le *generali.*

4. **Questioni.** — *a) Vi è mai caso in cui il cancelliere possa sfuggire la sanzione del Codice penale, vuoi dell'articolo 345 princ.* (che è la vera sede di questo reato) *o dell'art. 346, che contempla la inavvertenza e la negligenza?* In altri termini: il cancelliere, contro il quale non milita il menomo sospetto di frode, dolo, animo di nuocere, ecc., *non potrà anch'essere ammesso a provare o che non vi fu colpa in lui, o fu lievissima, e quindi non punibile?* La risposta è negativa. L'art. 346 congiunge due sanzioni ad un tempo: penale e disciplinare: e quest'ultima non ammette la scusa.

b) Il cancelliere può essere colpito da altre pene oltre quella del falso? Può esserlo: è in tale veduta è scritto l'articolo nei suoi termini generali. Vi è la *corruzione*, la *prevaricazione*, altre cause di più rea natura che possono associarsi alla falsità materiale. (La generalità dell'articolo ha forse un altro motivo, quello di non precorrere alle disposizioni del prossimo Codice penale.)

Articolo 56.

Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge.

Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza.

Non può pronunziarsi la nullità o la decadenza se non vi sia istanza d'una delle parti, salvo che la legge dichiari che debbano essere pronunziate d'uffizio.

Annotazioni.

Noi siamo sempre alla stessa condizione di cose *rapporto alla nullità degli atti di procedura.* La nuova legislazione non ha fatto un passo di più sulle altre che la precedono; e non siamo più avanzati di quello che lo fosse ai suoi tempi l'art. 1030 del Codice di procedura francese. Forse non si poteva, ed è uno dei casi in cui il Codice ha bisogno di raccomandarsi alla scienza lo non dirò di no; e poichè qualcosa ne ho anche detto all'art. 46, procurerò di delineare così di corsa una

Teoria della nullità. — 1° Restringiamo la portata dell'articolo ai termini proprii della sua natura. Si tratta degli *atti di procedura:* si tratta dunque di *nullità di forma*, vale dire del *mal uso di una facoltà* che la legge accorda, onde con questo mezzo preservare intatti i nostri diritti giudiziarii, od acquistarne; di maniera che il mal uso di simile facoltà produce che noi perdiamo un diritto, o siamo decaduti da quello che si poteva altrimenti per noi acquistare.

La legge pone a tale facoltà delle condizioni, e sono o di *tempo* o di *modo.*

Ma supposto che la legge giudiziaria non dia la facoltà prescrivendo il mezzo da adoperarsi, e manchi la podestà di diritto, la nullità che consegue dal fatto e lo riduce a non-fatto appartiene a una categoria diversa d'idee: è fuori della comprensione di questo articolo.

L'incapacità, per es., dell'interdetto o della donna maritata a stare in giudizio; il difetto di rappresentanza in chi promosse il giudizio in nome altrui, o quella del procuratore, non sono nullità di questo articolo; non si contengono esattamente in questa teoria, la quale per conseguenza si restringe e si limita.

2° Il Codice di procedura costituisce una serie di *precetti: imperare, prohibere;* ecco il perpetuo suo assunto: i precetti *proibitivi*, secondo la celebre Leg. 5 Cod. de legib., contengono implicita la sanzione di nullità; agli *imperativi* si attribuiva un effetto meno deciso

e dipendente dalla ragione stessa del precetto. Distinzione non veramente fondata nella natura delle cose, e che riuscendo in fine il precetto *imperativo* ad essere *proibitivo*, si è dovuto abbandonare.

3° Era limite a quella teoria la comminatoria penale adietta alla proibizione, che troviamo pure più d'una volta nel Codice. Questo criterio è proprio *in rei veritate* e nella ragione del dettato, laddove gli altri non essendo razionali, e difettando di base, erano spesso negati da altra dottrina; onde Ulpiano disse che la legge cincia *imperfecta est*, perchè mancante di sanzione quantunque proibitiva, e venne fuori il ditterio, *multa prohibentur in jure fieri quæ tamen facta tenent.*

4° Scrutando la natura dell'atto, che è appunto l'ufficio della ragione, si trova che taluni di codesti atti *sono necessarii ad uno scopo obiettivo e finale, proposto a se stesso dal legislatore della procedura:* tali atti sono *essenziali*, per conseguenza le violazioni delle norme che li costituiscono sono *nullità essenziali*, e quindi proprie e vere nullità; altri *non sono di natura loro così necessarii*, l'interesse che la loro esistenza ispirò al legislatore non è uguale in ogni caso; la inosservanza delle leggi che costituiscono questo atto può qualche volta *ferire un fine essenziale*, qualche altra volta, benchè violi la disciplina, può trovarsi *non essere lesiva di un fine essenziale:* se si annulla nel primo caso, la nullità non è pertanto assoluta, è *accidentale.*

La certezza, per es., delle *persone* e dell'*oggetto* è sempre essenziale nell atto di citazione; se l'atto mancante di alcune forme ed imperfetto lascia però comprendere abbastanza chiaramente l'oggetto e le persone, non è nullo.

5° Il legislatore come regola il suo linguaggio in tanta moltitudine di atti che descrive? Certi atti gli risultano *evidentemente necessarii*, ed allora, nella loro inosservanza, non esita a fulminare la nullità: vi è un'altra categoria di atti necessarii, categoria indefinita che si manifesta nei fatti particolari all'occhio del giudice, sul terreno del giudizio, meglio che in una teorica generale; e l'articolo dice che la *sanzione di nullità vi è implicita* (*V.* la *Relazione* del ministro Pisanelli).

Del resto la dottrina che si sviluppò dall'articolo 1030 del Codice di procedura è oggidì generale e incontestata (MERLIN, *Répertoire*, v° *Nullité;* BONCENNE, vol. 2, p. 79; CARRÉ-CHAUVEAU, *Introduction*, n^i 117, 118, vol. 6, p. 826, 827; PIGEAU, vol. 1, p. 178; BIOCHE, v° *Ajournement;* DALLOZ, v^i *Nullité* e *Exploitation*, ecc.). Il SOLON, *De nullité*, pone la base della *nullità sostanziale nei diritti naturali;* ed *accidentali* esser quelle che riguardano disposizioni *variabili* e *arbitrarie:* teoria più comprensiva e più generale (p. 336).

6° È d'uopo un'ultima considerazione a distinguere la *nullità* dalla *decadenza.*

La questione può cadere sopra un *fatto positivo*, o sopra un fatto negativo, non-fatto. La *decadenza* può verificarsi in due modi: per aver fatto nullamente ciò che doveva farsi a conservare un diritto, un appello regolare o irregolare, e allora la questione cade sull'atto che esiste, sul fatto positivo: ovvero non si è fatto in alcun modo quello che si doveva fare, e allora si tratta soltanto di sapere se ciò che non si è fatto nel termine, si possa fare dopo il termine; e la *decadenza* è di varia importanza, in quanto generi la perdita di un diritto fondamentale, ovvero il diritto soltanto di fare quell'atto che potrebb'essere poco interessante. In ogni caso se il *termine è improrogabile*, la decadenza esiste: il che è stato spiegato all'articolo 46.

Articolo 57.

La violazione o l'omissione delle formalità dalla legge stabilite nell'interesse di una delle parti non può essere opposta dall'altra.

La parte non può opporre la nullità di forma quando essa, o chi agisce per essa, vi abbia dato causa, o quando vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato.

Annotazioni.

Alla 1ª parte. — *Nella procedura civile non vi sono nullità assolute*, ma tutte sono relative; ecco il grave corollario che deriva da questa disposizione.

E dico nella *procedura civile:* in criminale non è così: niuno può disporre del proprio onore e della propria vita.

La *nullità*, secondo la bella distinzione del VANTIUS, *De nullitate tit.*, può considerarsi sotto due aspetti, come *auxilium juris*, per far dichiarare l'inefficacia o impossibilità giuridica di un atto; ma nella sua essenza è il difetto e il vizio dell'atto medesimo. Ebbene: quell'*auxilium juris*, quell'azione (poichè non

vi è nullità di pieno diritto) è sempre rinunziabile (*V.* la 2ª parte dell'articolo).

La tendenza di concretizzare l'azione di nullità, riservandola a quella sola parte nel cui interesse è ordinata, appartiene all'epoca moderna (capoverso dell'art. 1107 del Codice civile); mentre nelle dottrine antiche la nullità, anche procedente da incapacità personale, era allegabile da tutte le parti, secondo una opinione prevalente (SURDUS, decis. 108, nº 1; GRATIANUS, *Discept. for.*, C. 691 per tot., dec. 115, nº 34, ecc.).

Non isfuggirà che l'articolo non è bene redatto. Non è la *violazione o* la *omissione della formalità* che è stabilita nell'interesse di alcuna delle parti, ma il rimedio della nullità che ne consegue. Ciò posto, vi è un'avvertenza da fare, ed è che questo disposto non comprende solo i *vizi di forma*, ma eziandio quelli di podestà e di capacità. In quanto alla forma, è chiaro che l'*interesse della opposizione* è sempre e solo in colui a danno del quale l'atto venne fatto: non propriamente *perchè ciò sia stabilito dalla legge nell'interesse di lui*, ma perchè tal è l'ordine delle cose.

Alla 2ª parte. — Il principio era ugualmente professato dalla vecchia giurisprudenza (SURDUS, decis. 108; SPEREL, decis. 155, nⁱ 38 e segg.; ROTA, *Recent.*, p. XIII, decis. 150). E con ragione, onde *nemo ex proprio dolo commodum consequatur*. La legge non poteva dire di più; come poi avvenga che *una parte possa essere causa della nullità* che l'altra parte ha commesso, è tutto affare di fatto. Se un contraente ha data falsa indicazione del suo nome e qualità in un contratto, non potrà allegare la nullità dell'atto in cui l'altra parte ha seguite le medesime indicazioni citandolo per la esecuzione del contratto.

S'intende facilmente la *rinuncia espressa*, quale sarà la *rinuncia tacita?* Se la legge impone un termine ad opporre la nullità: il silenzio. Si rinuncia tacitamente proseguendo il processo senza curarsi della nullità già incorsa e nota, e si fanno atti incompatibili colla eccezione di nullità.

Questioni. — *a) Facendo codesti atti* sotto riserva *di agire per nullità degli atti precedenti, l'azione è forse mantenuta?* In generale bisogna rispondere negativamente. *Protestatio contra factum* essere inutil cosa troviamo sovente nelle vecchie pratiche, se non che la efficacia di questo ditterio era molto varia. In quel tempo si era molto prodighi di *cautele;* ve n'erano delle specie senza numero; entravano dappertutto; era la forza de' notai, ed anco la sapienza di alcuni legisti. Ma non si vuol ora dire del senso che codeste *cautele e riserve avessero*, e del valore: ma del valore ne avevano più del bisogno. Vi ha certamente dei casi in cui la riserva è utile; ma ci basterà stabilire che non potrebbesi fare con una riserva ostacolo alla piena applicazione di questo articolo (FAVARD DE LANGLADE, t. II, p. 461; THOMINE, t. I, p. 327; CHAUVEAU, *Dictionnaire général de procédure*, vº *Exception*).

b) Ma non vi saranno nullità sostanziali di forma sottratte alla sanzione dell'articolo? Motivo di dubitare. Ci sono degli atti di tale natura che senza di essi può dirsi non esservi processo di sorta. Aggiungi: ci sono degli atti che non interessano soltanto le parti, ma lo stesso giudizio. Una citazione, per es., *priva di oggetto*, come mai sarà base di bene ordinato e sicuro giudizio?

Ecco una questione molto seria. I glossografi francesi, persuasi della grande generalità dell'art. 173, rispondono *che non vi sono più nullità sostanziali* in faccia ad una tal legge (CARRÉ, all'art. 173, quest. 753). (Qualche decisione si allega pro e contro.) — Io pure non oso pronunziarmi per una limitazione, nè aprire una breccia in una legge di tanta importanza. Ma addito la questione agli uomini del fòro, non senza avvertire che in tal caso il *giudice dovrebbe pronunziare la nullità d'ufficio:* il che forma la maggiore difficoltà per isciogliere in senso affermativo il quesito.

c) Il giudice non può mai pronunciare nullità d'ufficio? Lo può, anzi deve farlo, e basterà l'esempio dell'art. 187: il magistrato deve pronunciare la *propria incompetenza per materia o valore* (*V.* il suddetto articolo). Ma rammento ancora che in questo caso non è *questione di forma*, ma *quæstio potestatis* (*V.* la questione precedente).

Può a questo luogo domandarsi se le *perenzioni che la legge dichiara di diritto* possano pronunciarsi d'ufficio? (Esempii negli articoli 581 e 340.) In altri termini, qual è l'effetto proprio della *perenzione di diritto?* Essa *si dichiara*, non *si pronuncia*, ma sempre esige la domanda di parte. È di diritto, perchè basta mostrare che si è nella condizione giuridica determinata dalla legge, nè incombe di fare altra prova.

Articolo 58.

La nullità di un atto non importa la nullità degli atti precedenti e dei consecutivi indipendenti dal medesimo.

L'atto nullo non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per farlo, salvo i casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

MERLIN ha detto, seguendo SERPILLON: « Vi sono nella procedura alcune nullità che portano il loro effetto, le une più che le altre. Le une non influiscono che sopra un atto unico, allora non vi ha che questo atto unico che sia nullo. Ma vi sono nullità che infettano una procedura intera » (*Repertorio*, v° Nullità, § 1). Sarebbe la nullità della citazione introduttiva del giudizio. Gli atti *precedenti* si ritengono sempre indipendenti dagli atti annullati; gli atti *consecutivi* possono avere una dipendenza di *sostanza*, benchè quanto alla *forma* abbiano una sussistenza loro propria. Così, per es., *annullato un processo testimoniale*, è non rinnovato, l'influenza di questo insuccesso si estende alla questione di merito.

Certi atti *si rinnovano non perchè nulli*, ma perchè non ebbero il loro effetto per circostanze non imputabili all'agente. Tal è il caso dell'art. 239, alinea 2°. L'alinea del presente articolo conferma ciò che si è detto agli articoli 46, 56 e 57, rapporto alla *decadenza e alla prorogabilità del termine*. La clausula, *salvo i casi determinati dalla legge*, ha la sua spiegazione in alcune specie, nelle quali si rinnova un atto o una serie di atti nulli per decreto di tribunale, indipendentemente dalla questione del termine (art. 249).

Articolo 59.

Le spese degli atti e dei procedimenti nulli sono a carico degli uffiziali ai quali la nullità sia imputabile.

I detti uffiziali possono anche essere condannati in una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, oltre il risarcimento dei danni verso le parti.

Articolo 60.

Quantunque l'atto non sia dichiarato nullo, il cancelliere, il procuratore, o l'usciere che non abbia osservato le disposizioni della legge, può essere condannato in una pena pecuniaria non minore di lire cinque e non maggiore di cento, salvo i casi in cui la legge stabilisca pene speciali.

Articolo 61.

Se l'uffiziale o il procuratore abbia ecceduto i limiti del suo ministero, o se per negligenza abbia ritardato l'istruzione o il compimento della causa, può essere condannato personalmente alle spese del giudizio senza diritto al rimborso, oltre il risarcimento dei danni, la sospensione o interdizione, secondo le circostanze.

Annotazioni.

1. La risponsabilità degli errori giudiziarii, che producono danni effettivi, o si presentano come violazioni della disciplina, è da codeste leggi nominatamente imposta a tre classi di funzionarii, ai *cancellieri*, ai *procuratori* ed agli *uscieri*, che si contengono nel generico appellativo di *uffiziali*, essendo evidente che anche l'art. 59 è applicabile ai procuratori (MERLIN, *Répertoire*, v° *Nullité*). (Non ai *giudici*, benchè vi sia qualche caso in cui rispondono delle spese degli atti nulli, art. 249, princ.)

2. Una scala di risponsabilità correlative alla gravità intrinseca o estrinseca della violazione si dispiega in codesto complesso di disposizioni penali. La nullità s'intende *imputabile* quando, indipendentemente da ogni cattiva intenzione, si è commesso l'errore di non osservare la prescrizione di legge, abbandonata ogni distinzione di colpa grave, lieve, o lievissima. La spesa dell'atto adunque o del procedimento che deve rinnovarsi è indeclinabile; ma quando si tratta oltreciò di colpire con pena pecuniaria, quella distinzione bisognerà bene averla presente, e secondo la gravità del caso e la morale inescusabilità dell'errore dovrà applicarsi e misurarsi la multa. È una vera pena, e non ricade, a titolo d'indennità qualunque, a favore della parte che è soddisfatta col *risarcimento dei danni*.

3. L'atto può esser *nullo* e non *rinnova-*

bile; nullo e *rinnovabile;* e tuttavia il peso di questa comminatoria può cadere sull'uffiziale imputabile dell'errore. Dato che un esame di testimonii possa rinnovarsi, può essersi non ostante verificato un danno irreparabile, se intanto un testimonio o dei testimonii più influenti siano morti. È chiaro che la parte a cui favore si deve scontare il danno e la spesa è quella che *ha interesse* onde l'atto avesse effetto; il procuratore non risponderà mai che verso il proprio cliente, che solo avrebbe azione contro di lui.

4. L'articolo 60 ha un carattere del tutto disciplinare; e fuori d'ogni considerazione di danno effettivo e materiale, non riguarda che il danno morale, quello della disciplina e dell'ordine. Non sarà facile, io credo, spogliare questa disposizione penale di quell'arbitrario che l'accompagna e la fa spiacevole più della stessa sua materia. Indefinita l'autorità, indefinita la pena, indefinito, se così deve chiamarsi, il reato. Lo stesso dettato di quest'articolo ha una incertezza da non credersi. In qual caso, *non dichiarato nullo l'atto*, potrà tuttavia un giudice o un tribunale qualunque armarsi di questo scudiscio e farlo anche cadere sulle spalle del procuratore? E già alla dignità di questo nobile ministero della difesa suona male quell'accoppiare il procuratore all'usciere, e trattarli alla pari. Il fallo materiale dell'usciere si vedrà di leggieri (un esempio se ne scorge nell'ultimo alin. dell'art. 247); ma il fallo punibile del procuratore che prova di essere in regola colla procedura e di avere validamente operato, quale sarà? da chi e come si troverà ch'egli nondimeno ha fatto male, e perciò gli dev'esser appiccata la cedola di una multa che lo farà mostrare a dito tra i suoi colleghi più diligenti o capaci? Non mancano altre leggi che, determinando le colpe e gli errori, percuotono di giusta misura il procuratore che fu minore del debito suo. Perchè aggiungervi anche una minaccia generale od arbitraria? Io credo che gli esercenti del fôro tanto più rispetteranno se stessi, quanto più mostri di averli in onore e di rispettarli la legge.

Perdono di questa breve digressione; e torno a rannicchiarmi nella mia esegesi. L'articolo 60 è una disposizione arbitraria, lo ripeto, giacchè vi si dichiara *salvo i casi in cui la legge stabilisca pene speciali*, ed allora non ha più luogo la sua applicazione. *Casi di pene speciali* sono gli art. 170, 177, ecc.

5. **Precedenti storici.** — Agli antichi si presentò un altro punto di vista, tolta via la idea troppo materiale del *locatio operarum*, *i difensori*, che *magis operam beneficii loco præbebant*, non erano tenuti che del dolo (Leg. 1 Dig. si mens. fals. modum dix.). Finchè i principii del diritto romano rimasero in osservanza e presso noi e in Francia, la giurisprudenza andò per questa via. Una decisione del Parlamento di Tolosa dell'8 aprile 1743 sentenziava che i notai non debbono render conto delle nullità degli atti d'ultima volontà, quantunque siano da attribuirsi a loro colpa. Questa giurisprudenza si venne modificando, indi le leggi mutarono; ed ora le vediamo giunte al grado massimo di severità.

6. **Questioni.** — *a) L'usciere risponde di tutte le nullità che si contengono nella citazione, o solamente della parte esecutiva che lo riguarda?* Un notevolissimo cangiamento si è operato in fatto di redazione della citazione. L'art. 53 del Codice del 1859 divideva la citazione in due parti: la prima era opera del procuratore, e da lui sottoscritta; la seconda, diceva quella legge, è opera dell'usciere, ed era pure da lui sottoscritta: questa riguardava strettamente l'ufficio suo. Ora non è più così; l'atto, quanto è, *viene sottoscritto dall'usciere* (art. 134). Forte argomento per coloro dai quali l'usciere si ritiene *de jure* l'autore della citazione, e quindi risponsabile di tutti i suoi difetti: per esempio di termini sbagliati, di equivoco di nome, ecc., salva a lui la rivalsa in ogni caso contro il procuratore (Decisione della Corte di Cassazione contraria all'usciere, *Journal Av.*, t. XXIII, pag. 55; di Besançon, *Journal Av.*, t. XXXIII, pag. 255; di Grenoble (quest'ultima del 14 dicembre 1832), *Journal Av.*, t. LV, p. 473). A me sembra potersi risolvere la questione in questo modo: se colui che reclama il risarcimento dei danni causati da errori di redazione dell'atto, n'ebbe incaricato il causidico che lo rappresenta, non credo abbia azione contro l'usciere; al contrario, se ne diede l'incarico allo stesso usciere. Poichè bene appartiene all'ufficio suo la redazione degli atti, salvo che il procuratore stesso non abbia voluto assumere la redazione; nel qual caso risponde direttamente alla parte se questa si è affidata a lui; o se il fece di proprio moto, deve rilevare indenne l'usciere dalle conseguenze. Il PIGEAU, *Comment.*, t. I, p. 200, e il DEMIAU-CROUZILHAC, pag. 60, così opinarono, ma per ragioni non identiche.

b) Se l'usciere che ha incaricato un terzo di portare a suo luogo la citazione, risponda semplicemente del danno derivato dall'errore. Più ancora: è tenuto di falso, posto ch'egli abbia sottoscritta la relazione. *Moltissime decisioni emanarono su questo punto*, e tutti gli autori convengono.

Digitized by Google

c) *Il procuratore è sempre risponsabile della nullità de' suoi atti?* Per quanto la prima parte dell'art. 59 sia espressa in modo affermativo, non si potrà non esaminare la specialità del caso; mentre se si trattasse di questione grave e di ragioni plausibili militanti a favore della sua opinione, dovrebbe assolversi (Decisione della Corte di Tolosa, 10 giugno 1825, *Journal Av.*, t. XXXI, p. 321; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 3395 bis). Molto meno risponde del mal esito delle liti ch'egli non abbia trascurate, non provandosi colpa in lui. Ed aggiungiamo *colpa grave* (CHAUVEAU, al loc. cit., n° 3). Che il causidico-capo sia tenuto degli errori de' suoi subalterni, ciò è fuori di dubbio (Decisione della Corte di Chambéry, 28 luglio 1858; BETTINI, *Tav. decenn. procurat.*, 1858, t. II, p. 652).

Articolo 62.

Le pene pecuniarie stabilite da questo codice e dal regolamento per la sua esecuzione si applicano sulla richiesta del ministero pubblico, e anche d'uffizio.

Chi sia stato condannato ad alcuna delle suddette pene senza essere sentito prima nelle sue discolpe, può farle valere, ne' giorni dieci successivi alla notificazione della sentenza o dell'ordinanza, con ricorso diretto all'autorità giudiziaria che ha applicata la pena.

L'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico, se riconosca legittime le discolpe, revoca la condanna con decreto.

Del decreto è fatta annotazione in margine della sentenza o dell'ordinanza.

Annotazioni.

1. La condanna dell'uffiziale autore dell'atto *non è accessoria* della sentenza che dichiara la nullità: ciò in massima; ma secondo le circostanze, che possono essere della maggiore evidenza, lo stesso giudice ha per quest'articolo facoltà di pronunciare la pena d'*ufficio*. In tal caso l'azione dei *danni* è sempre riservata. È anche stabilito che la *nullità dev'essere pronunciata* (DEVILLENEUVE, *Collection nouvelle*, 8, 2, 20.

2. Ma se l'atto non è dichiarato nullo, se nol ci troviamo nei termini, poco definiti, degli articoli 60 e 61, la difficoltà di principio si complica colla difficoltà della procedura. Non credo possibile che la facoltà di pronunziare d'ufficio, che suppone la evidenza, sia in simili casi esercitata; nondimeno la legge permette di farlo. Il pubblico ministero potrà dal canto suo fare la sua *richiesta*, e la condanna potrebbe anche scendere *inaudita parte*, alla quale spetta il diritto di reclamo. Segue da questa forma di processo che le parti alle quali interessa tanto l'accusa che la difesa, non sono punto di necessità, e che in loro assenza e nella loro completa ignoranza, potranno decidersi (salvo reclamo) le sempre gravi questioni che sorgeranno dalle combinazioni così largamente avvisate in quei due articoli. Gravissimo tema è quello dell'art. 61, che comprende ogni sorta di processo civile, un processo testimoniale come un processo di periti, o tutta una causa dal principio al fine. Ne è principalmente colpito il procuratore, *se per negligenza ha ritardata l'istruzione* o *il compimento della causa*, o almeno quanto a lui diventano maggiori le difficoltà che tentiamo risolvere.

3. **Questioni.** — a) *Il semplice ritardo che non recò alcun danno può essere punito?* L'elemento del danno non è sostanzialmente considerato in questa legge d'ordine disciplinare. Una negligenza, notevole, s'intende, farà cadere in pena. La pratica s'impegnerà per migliorare la disposizione. Che dalla parte stessa si forniscano le prove dei mali portamenti del causidico; che si tratti di negligenza estrema, inescusabile, malgrado ogni eccitamento, ecc., benchè senza vera e precisa intenzione di nuocere.

b) *I periti che avessero lungamente e senza scusa protratte le loro operazioni, saranno pure puniti?* Compresi nello spirito, non lo sono, a mio avviso, nella lettera, *non potendosi qualificare pubblici uffiziali.*

c) *Qual è l'autorità giudiziaria competente?* Quella, io credo, che è competente a conoscere la causa, sia che emetta una decisione definitiva o incidentale o preparatoria. (Or ora si dirà la ragione.) L'autorità giudiziaria che decide la causa, commina pure la multa, richiedente il Pubblico Ministero. Pongo anche il caso che quel giudice o tribunale, decidendo il merito o l'incidente, non applichi la multa e non ne faccia verbo nella sentenza: *avrà cessato di esser competente* a questo effetto una volta che il Pubblico Ministero metta avanti la domanda? Non essendo questo *nella sua ori-*

gine che un processo disciplinare, bisogna ripeterlo, la giurisdizione permane o può permanere dopo la sentenza giudiziale: ciò basti per ora, e *V.* l'osservazione più sotto.

d) L'autorità giudiziaria pronuncia una sentenza formale, o piuttosto una ordinanza? Il dubbio nasce da quelle parole dell'articolo, *notificazione della sentenza* o *della ordinanza.* Il giudice può pronunziare la pena tanto colla sentenza *definitiva* o *incidentale*, con cui decide la causa o un punto della causa, quanto con separata *ordinanza.*

E dico *incidentale*, poichè ritengo che pure con tale sentenza possa multarsi non solo il cancelliere e l'usciere per quanto riguarda i fatti loro, ma eziandio il procuratore. Di fatti l'articolo 61 accenna alla *istruzione della causa*, nel qual campo restringe, se fa d'uopo, la cognizione del giudice invocato all'effetto della multa: quindi anche in principio di lite, e in qualunque incidente o stato della causa.

Si parla in secondo luogo di *ordinanza.* L'*ordinanza* è una decisione che è più di un *decreto*, e meno di una *sentenza.* Data la domanda estragindiziale del Pubblico Ministero, non citata la parte, sembra, secondo l'art. 50, che dovesse nascerne un *decreto.* Ma con più proprietà la legge dice *ordinanza.* Il *decreto* è veramente un atto amministrativo; decide il ricorso; ma sono chiamate *ordinanze* quelle decisioni che, quantunque emanate da un solo magistrato, si traducono poi in sentenza, e sono base e causa di un giudizio contraddittorio (*V.* gli articoli 181, 362, e vedremo in molti luoghi). La *ordinanza* insomma nel presente caso è la decisione sia d'ufficio, sia ad istanza del Pubblico Ministero emanata, non citata la parte alla quale spetta il diritto di reclamo.

e) Trattandosi di Tribunali o di Corti, la ordinanza emana dal presidente o dall'intero collegio? Fatto riflesso che la legge quando intende affidare al presidente o ad un membro del collegio un'operazione, lo dichiara sempre; che in questo caso non si parla che di *autorità giudiziaria;* più ancora, che per l'alinea 2 dell'articolo il reclamo si porta *alla stessa autorità giudiziaria che ha applicato la pena*, e finalmente che la cosa è per se stessa assai grave da meritare sino da principio il concorso di tutto il collegio, rispondo *affermativamente alla seconda parte.*

f) Se l'autorità giudiziaria conferma la propria ordinanza, vi ha forse diritto all'appello? Il quesito risuona, per così dire, nel silenzio della legge. Se *si revoca l'ordinanza*, si pronuncia *un decreto.* Si è voluto con ciò significare che in tal caso non vi è bisogno di motivazione, che non si tratta di pronunciare una sentenza, e che tutto è finito *con un'annotazione in margine della sentenza* o *della ordinanza.* Ma se l'ordinanza si conferma? Io credo dovrà pronunciarsi *una sentenza*, e questa sentenza *sarà appellabile*, inerendo al sistema generale del Codice (art. 466).

g) L'appellazione dalla sentenza di merito sospende forse il giudizio relativo alla pena? Fra il giudizio di merito e quello penale è impossibile non ravvisare una relazione strettissima, essendochè i fatti che nel primo si svolgono o sono per isvolgersi, passando in appello, possono avere un'influenza immediata e positiva sulla questione della regolarità, della diligenza, del buono o cattivo indirizzo, dell'uso o dell'abuso dei proprii mezzi. Ciò noto particolarmente rispetto al causidico che condusse, e fors'anche conduce tuttavia il processo. Ponendo mente che al postutto si tratta di sentenziare della costruzione di quel processo, della legittimità più o meno contrastata di quegli atti la cui cognizione è portata in appello, inclinerei a ritenere che l'appello si rendesse ostativo a questo quantunque disciplinare giudizio, ma che nel suo sviluppo diviene un vero giudizio. Qui però bisogna fare alcune distinzioni, malgrado la nota già minacci di diventar troppo lunga: 1° se la penalità fu domandata in prima istanza, il giudice pronunziò, e l'appello si carica di questa pronunzia, l'appello sospende *de jure;* 2° se la *richiesta* fu fatta pendente l'appello, allora è d'uopo suddistinguere: o si tratta di atti non implicati nella questione di merito, di atti isolati, indipendenti (per esempio un cattivo atto di cancelliere che passò per altro senza danneggiare il processo, una operazione di usciere che non fu dichiarata nulla), in simili od altri casi si potrà dar corso al giudizio disciplinare, senza riguardo all'appello del giudizio di merito.

Articolo 63.

L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare, anche d'uffizio, che siano soppresse o cancellate le scritture oltraggiose o contrarie al buon costume o all'ordine pubblico.

Annotazioni.

1. Questa legge vuol essere coordinata all'art. 586 del Codice penale e agli art. 622 e 623 del Codice di procedura penale. Degno è intanto di osservazione che la disposizione del presente articolo, sotto il punto di vista civile, è repressiva e penale: mentre, sotto il punto di vista della legge obiettivamente penale (il Codice penale), la disposizione è liberale e favorevole alla parte imputata. Di fatti, non vi è che dire, l'art. 63 (che non è nuovo, art. 1166 del Codice del 1859), è diretto a frenare la licenza dei difensori, i quali con poco guadagno del loro onore perdono anche i vantaggi morali e materiali delle scritture che hanno imprudentemente prodotte. All'incontro l'art. 580 del Codice penale è *limitativo* della penalità irrogata ai diffamatori, sottraendo al suo rigore *le imputazioni* o *ingiurie contenute nelle arringhe* o *negli scritti* o *nelle stampe prodotte in giudizio, e relative alla contestazione sia in materia civile, che in materia penale*. L'art. 586 contiene la stessa disposizione di quest'articolo, quanto alla facoltà attribuita ai giudici di *sopprimere le scritture;* ma com'è della sua natura, minaccia pene disciplinari, quelle che sono poi descritte nei citati luoghi della procedura penale, fra le quali l'*ammonizione* e la *sospensione*. La ragione della *limitazione* consiste in questo, che al difensore fa perdonare molte cose lo zelo tuttochè esagerato della difesa, e che si reputa minore in lui l'animo d'ingiuriare altrui che di difendere il proprio cliente (art. 23 della Legge francese del 17 maggio 1819).

2. Per quanto la legge civile e la penale corrispondano in un punto, quello del potere che hanno i giudici della causa di *ordinare la soppressione delle scritture* e la loro espulsione dagli atti del processo, ciascuna di esse deve essere osservata per ciò che alla sua indole è speciale. Il giudice civile non fa altro che *sopprimere la scrittura*. Questo è il còmpito semplice e breve dell'art. 63: egli non applica la pena, ma il suo decreto può esser base al Pubblico Ministero onde provocarne l'applicazione in competente sede. Aggiungerò che questo articolo, senza ciò e fuori di ciò, non avrebbe ragione di essere, imperocchè le citate leggi penali provveggono ad ogni eccesso e disordine della difesa, come ad altri abusi e pervertimenti del patrocinio.

Non si può attribuire, secondo a me pare, al giudice civile la facoltà di applicare la pena: 1° perchè questa legge nol dice, laddove in molti altri casi, lungo il corso della procedura, troviamo il giudice espressamente investito di una modica facoltà di coercizione o di pena; 2° perchè dietro la soppressione ed espulsione della scrittura possono venire questioni gravi, che or ora verrò accennando, e che il giudice civile non avrebbe mandato di sciogliere; 3° perchè alcune pene sono veramente superiori a quell'ordinaria facoltà che suole attribuirsi, a tutela dell'ordine che gli compete, al giudice civile.

3. Io non dirigo le mie osservazioni all'istituto penale, e debbo limitarmi al soggetto dell'articolo (1); ma non posso a meno di avvertire una discretiva fra questo e l'indicato art. 580 del Codice penale; riflesso che sfugge per l'apparente levità, e di cui non si afferra subito l'importanza. Ho distinto più sopra, al n° 1 di questa nota, alcune linee dell'art. 580, alle quali prego di ritornare. *Di scritture e stampe prodotte in giudizio e relative alla contestazione* non si parla in questo articolo 63, ciò significa che quando si tratta di *soppressione*, e quindi di reprimere e di cancellare l'onta che alla sociale probità, al buon costume e all'ordine pubblico viene fatta dalla oltraggiosa scrittura, il giudice civile non ha d'uopo di sapere se sia stata prodotta, se sia relativa alla contestazione: comunque apparisca e dovunque a lui si presenti, egli fa atto di giustizia col condannarla e toglierla di mezzo. Per converso il giudice penale deve indagare *se concorrano quelle circostanze attenuanti la penale risponsabilità* del difensore, onde avvisare se non sia piuttosto da abbandonarsi alla legge comune (MANGIN, *Traité de l'action publique;* n° 153). Pertanto tutte le questioni che riguardano la *relazione che può avere la scrittura ingiuriosa colla causa*, all'effetto di applicare od escludere il benefizio dell'art. 580 del Codice penale, sono, come io credo, riservate al giudice della pena. Grave quindi viene la considerazione *se il giudice civile possa condannare ai danni*, così disponendo il ripetuto art. 580. Il che equivale al sapere se quell'articolo sia stato modificato dall'attuale. E tale è la mia opinione.

(1) Di questo medesimo soggetto ho fatto altrove non breve esame, come si vedrà a suo tempo nel *Trattato dell'Azione penale*, ora sotto le stampe.

Articolo 64.

Le inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziari prescritte dalla legge si fanno

Nel giornale della provincia riconosciuto come ufficiale dal governo;

Questo mancando, nel giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la corte d'appello;

In mancanza anche di questo, nel giornale ufficiale del regno.

I giornali anzidetti devono pubblicare senza anticipazione di spesa gli atti giudiziari riguardanti le persone ammesse al benefizio dei poveri.

Articolo 65.

Qualunque tipografo legalmente esercente può stampare i bandi per incanti e ogni altro atto giudiziario, purchè siasi obbligato, con dichiarazione fatta nella cancelleria del tribunale civile, di stampare senza anticipazione di spesa, su carta libera da somministrarsi dal richiedente, i bandi e altri atti giudiziari, dei quali sia necessaria la stampa nell'interesse delle persone ammesse al benefizio dei poveri.

Articolo 66.

L'editore del giornale e il tipografo indicati nei due articoli precedenti, che sulla presentazione di un ordine scritto del presidente del tribunale ricusino di eseguire senza anticipazione di spesa le inserzioni o le stampe necessarie alle persone ammesse al benefizio dei poveri, sono condannati in una multa, che può estendersi a lire trecento, oltre il risarcimento dei danni verso le parti interessate.

Incorrono nella multa di lire cento i tipografi che, senza aver fatta la dichiarazione stabilita dall'articolo precedente, eseguiscono la stampa di qualche bando o atto giudiziario.

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA, DEL MODO DI REGOLARLA, DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO

CAPO I.

DELLA COMPETENZA

OSSERVAZIONI GENERALI

« Le norme di competenza presuppongono una varietà di magistrati, *non essendo la competenza* che la misura secondo la quale la giurisdizione è distribuita dalla legge ai varii magistrati. »

« Tre sono i *limiti* che può incontrare la giurisdizione, e perciò sotto tre aspetti può essere riguardata la competenza. Si ha un limite nella diversità della materia, un altro nella diversità del valore o del grado della giurisdizione, l'ultimo nel territorio sopra cui si estende una giurisdizione. » *Relazione Pisanelli.*

Nel nuovo Codice questa parte fondamentale della legislazione giudiziaria è trattata con molta cura, e sopratutto con chiarezza e con ordine, con quel metodo che presuppone concetti razionali maturati in mente e abbracciati nella loro forte unità. Alle tre grandi basi della competenza (materia, valore, territorio) accede quella per *connessione* o *continenza di causa*, della quale si è formato un Titolo espresso (Sezione III), appropriandovi disposizioni che prima erano commiste ad altre e confuse. I rapporti delle cose modificano, senz'alterarle, le norme direttive del diritto giudiziario. L'istituto della *ricusazione* è al suo vero posto nella regione della competenza, essendo pure *quæstio potestatis.*

Articolo 67.

La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa.

Articolo 68.

Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Annotazioni.

1. È curioso e degno di attenzione il successivo incentramento, sia lecito chiamarlo così, della giurisdizione, che, per lo innanzi, frequenti delegazioni andavano disperdendo e comunicando ad altre autorità dello stesso o diverso grado. Ne diamo, per esempio, la prova dedotta dallo stesso fatto giuridico. Nell'art. 266 del Cod. di proc. civ. franc. è presa in calcolo la distanza, senza però determinar quale (*si le témoin est éloigné*): e il giudice delegato è investito della facoltà di richiedere il *presidente del luogo* ove abita il testimonio; il presidente lo esaminerà, e potrà anche a sua volta delegare un giudice. Onde la delegazione di un giudice inferiore fatta al superiore, contro ogni principio; e il giudice delegato dal delegato delega egli pure. Così la facoltà dell'esame si propaga di lunga mano oltre la sua sede naturale. Le legislazioni sarde del 1854 e del 1859, nei rispettivi articoli 287 e 305, limitarono codesto movimento, ma in un modo empirico e soltanto a maggiore comodità e semplicità, abilitando il giudice commesso, come allora si diceva, *a richiedere il giudice del mandamento ove il testimonio si trovava*, posto che la sua abitazione fosse fuori del mandamento dello stesso giudice procedente. Ora è nato quest'articolo, che della inalienabilità della giurisdizione fa una regola generale; e se si ricerchi la disposizione analoga a quelle testè citate, che di fatti si presenta nell'art. 239, non si vede punto accordata al giudice delegato la facoltà di delegare, poichè il testimonio è chiamato da qualunque distanza alla giurisdizione che è in possesso della causa, eccetto il caso della *impossibilità*, nel qual caso soccorrono le provvidenze degli articoli combinati 215 e 208.

2. Noi vedremo a quest'ultimo articolo che altro avviene (per ragioni proprie) *quando la prova si deve eseguire* in luogo distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria, che non deve confondersi colle prove personali di parti, testimonii e periti, come diremo a suo tempo; ed è pur sempre una delegazione diretta di un'autorità giudiziaria ad un'altra autorità giudiziaria; e non è il delegato che delega.

3. **Precedenti storici.** — Rilevare la sapienza, per così dire intima, di certi dettati legislativi che sfugge a cento lettori, è, in questa severa fatica, un conforto dell'animo. Risorge in questo articolo il principio giurisdizionale in cui tanto insistono gli antichi giureconsulti (Leg. more de jurisdict.; Leg. penult. de offic. præs.; Leg. cui muneris Dig. de muner. et honor. § per traditionem Inst. de rer. div.). *Mandare non transferre jurisdictionem*, ritenendosi sempre dal delegante, questo era il principio; l'uso e l'esercizio della giurisdizione semplicemente si conferiva. Onde il delegato

utitur jurisdictione delegantis (Leg. 1 e 3 de offic. præs. et per alium videtur gerere), e non può quindi delegare, perchè non ha giurisdizione propria: una legge di procedura può ben disporre altrimenti, ma non dirsi conforme alla scienza.

Articolo 69.

La giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Annotazioni.

1. *Prorogata jurisdictio est quæ voluntate partium, vel ex præcepto legis, extra terminos suos exercetur* (HEINECCIUS, *ad Pand.*, l. II, tit. 2). La prorogazione è legale o volontaria. Un principio di equità, motivato dal *jus defensionis*, e infine all'oggetto puro e semplice della giustizia, diede ai giudici, cui una certa parte della giurisdizione era assegnata, di oltrepassare ad alcuni effetti la sfera della loro cognizione onde occuparsi anche delle eccezioni del reo nel medesimo giudizio, di che la *compensatio* dapprima, indi la *reconventio*, nata in tempi posteriori e di più libere formule. Il diritto canonico vi ha gran parte (*Commentario del Codice*, *Trattato della competenza*, di PISANELLI, vol. 1, p. 1, p. 747). La *prorogatio* legale era la stessa legge, in quanto da essa era indotta e sancita; la *volontaria* presso i Romani fu liberale oltre quanto il consentano le idee moderne, e supponeva un'esuberanza del giure privato, una imperfetta separazione delle funzioni giudiziarie (Leg. 1 de judic.; Leg. 1 Cod. eod.). Risulta di fatti dalle indicate e da altre leggi che il principio che allora si poneva e dominava, ristretto da eccezioni, il sistema, era che il consenso dei litiganti genera la giurisdizione. E in certe epoche della legislazione giudiziaria di Roma potè benissimo convenire alla indole sua per l'elemento privato che s'inframetteva nei giudizi, ammessa dal magistrato l'azione.

2. L'affermazione del principio diverso quale si vede in quest'articolo, e che può anche credersi non avesse uopo di sanzione, ha la sua efficienza in ciò, che per essa si proclama anche una volta la supremazia della legge, l'osservanza della legalità, e più specialmente ancora che la giurisdizione, nascendo dalle altre sorgenti del diritto, non è mutabile a volere di parti. Nell'ordine organico l'articolo significa che la legge assegna ad ogni magistratura giudicante una sfera di azione certa, determinata, intransitiva e propria, che ha il suo carattere essenziale nella differenza. Secondo questi *apices juris* si potrebbe dire che ogni facoltà dalla legge impartita per amministrare il diritto *æquitatis causa*, oltre la sfera naturale della giurisdizione, è una *prorogatio legalis*, come il giudicarsi della compensazione e della riconvenzione da quei giudici che non ne avrebbero competenza ove non fosse il soggetto loro portato per via di eccezione nel giudizio di cui sono per altro scopo investiti. E così è nei termini della scienza, ma la legge deve guardarsi da tali squisitezze. L'articolo di fatti non parla che della prorogazione volontaria, per fatto delle parti.

3. Accanto alla enunciazione del principio si colloca una di quelle solite clausole che lo indeboliscono e lasciano la mente perplessa, se non si ricorresse alle limitazioni di cui non si possono comprendere a un tratto la portata e la forza. La legge dunque *stabilisce dei casi in cui per fatto delle parti è prorogabile la giurisdizione*. Ma io temo un equivoco, e prego chi legge questa nota di porre attenzione. Io temo che alcuno, tratto dalla non chiara dizione dell'articolo, possa ritenere che vi *siano dei casi stabiliti dalla legge*, nei quali una giurisdizione per se stessa incompetente sia per diventar competente a volere delle parti; in altri termini, che le parti possano crearsi una giurisdizione diversa da quella imposta dalla legge. No; questo non è; e sarebbe grandissimo errore. Vediamolo.

La legge proponendosi a determinazione delle competenze le nozioni di *materia*, di *valore*, di *grado* e di *territorio*, inflessibile rispetto alle tre prime basi, lascia una latitudine, più o meno estesa riguardo all'ultima, autorizzando l'elezione del domicilio, ecc., e con quello può dirsi che *la legge stessa proroga la giurisdizione per volontà di parte*. Ma badate bene: non è la parte che la crea, ma la creò la legge; la giurisdizione è già statuita in relazione a quel caso che la legge stessa previde. Vi sarebbe qualche altro caso in cui le parti possano mai autorizzare una giurisdizione incompetente? Io per verità non credo, per quanto mi volga in mente il Codice, e dico che sarebbe gran torto al legislatore. Fu già in Francia assai viva fra gli scrittori una contesa (tra MERLIN, DELAPORTE, THOMINE, BOITARD, BONCENNE, BENECH ed altri ancora) se le parti potessero

prorogare la giurisdizione acconsentendo che le eccezioni di liti-pendenza fossero trattate dal giudice della controversia principale. Questione vana! Poichè dipendo sempre dal criterio del giudice il far ragione della connessione e relazione delle cause e pendenze; non che non sia per dare il debito peso alla concordia delle parti intorno al soggetto di lite, ma non saranno mai le parti che forzeranno il giudice a riconoscere ciò che per avventura non esiste.

SEZIONE I.

Della competenza per materia o valore.

Articolo 70.

Sono di competenza dei conciliatori tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative a beni mobili, il valore delle quali non ecceda lire trenta.

Sono altresì di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda il detto valore.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei conciliatori.

Annotazioni.

1. Questa nuova magistratura, dall'accesso facile e quasi direbbesi casalingo, dal processo semplice e breve, sparsa sulla superficie del regno a non larghi intervalli, è destinata a provvedere ai più minuti bisogni della vita civile. L'esperienza deciderà se, mercè sua, potranno, senza danno di una buona giustizia locale, diradarsi le sedi dei giudici minori che già furono di mandamento, il che sembra essere uno degli scopi. Intanto la giurisdizione procede così ristretta. L'articolo si esprime con chiarezza, quantunque non in guisa da non lasciare adito a qualche ricerca.

2. Le sole azioni *personali-mobiliari* cadono nella competenza del conciliatore. Il secondo predicato è *limitativo* del primo, prego di avvertirlo, e intende ad escludere l'idea che il conciliatore possa conoscere di *azioni reali*, comunque *mobiliari*, e di valore non superiore a lire trenta. Appressare a queste leggi le dichiarazioni di diritto sulla natura dei *beni mobili*, come la concepisce il Codice civile (art. 416 e segg.), è dare a questo articolo il fondamento di cui ha bisogno.

3. Nonostante quanto è vasta la teoria che si affaccia allo scanno del conciliatore, la cui intelligenza non può poi essere di prim'ordine! L'indole del nostro lavoro non ci permette che alcuni fuggevoli cenni.

a) Notasi in via, come a dire, d'introduzione, che l'*azione immobiliare* è sempre considerata dalla legge come qualcosa, per se stessa, di più rilevante della *mobiliare* a parità di valore; e con ragione, collegandosi a rapporti giuridici di comprensione più difficile.

b) La legge civile ha i suoi gravi motivi per considerare sotto l'aspetto di cose mobili certi diritti che emanano e si sviluppano da un gius propriamente immobiliare; tali sono quelli dell'art. 418 del Codice civile. Perciò sotto questo punto di vista quei diritti, essendo mobiliari, potrebbero anche volersi contenuti nella competenza del conciliatore. Ma vi appone il limite la qualità di azione reale che per lo più si annetto a tali diritti, come in parte sono quelli dell'art. 418; e duolmi di non poter darne ulteriori spiegazioni, riservate a quei valenti che si travagliano intorno al Codice civile.

c) Solo accenno all'art. 420 che, parlando dei *materiali provenienti dalla demolizione di un edifizio*, implica per certo un'*azione reale*, non tanto perchè i cementi tengano della natura dell'edifizio, che in verità non la tengono (*Framm.* 7, de except. rei judic. § 2), ma per l'oggetto loro reale.

d) Similmente si considerano mobili i frutti dell'immobile staccati dal suolo (art. 411 del Codice civile; Leg. 17 § 1 de act. empt. et vend.), ma la loro rivendicazione essendo il prodotto di un'azione reale, sfugge del pari alla competenza del conciliatore.

Digitized by Google

e) Credo dovere anche avvertire che non è più lecito di fare seriamente una questione sulle *azioni miste*. Non ce ne devono più essere secondo i moderni Codici che hanno cura, o almeno il proposito fermo di separare nettamente gli elementi delle azioni. In ogni modo se l'analisi sorprendesse, per così esprimermi, la partecipazione di più elementi, la preponderanza dell'oggetto deve spiegare e determinare la natura dell'azione. Colui che è *personalmente* obbligato, tuttochè sia possessore, è colpito dall'azione personale qualora non si rivendichi la cosa. Chi chiede il credito, quantunque garantito da ipoteca, promuove una azione personale, finchè non si accinga ad esercitare le sue azioni in garantia. Sarà scorta al conciliatore il tenore della domanda.

4. L'alinea dell'articolo 70 ha troncata una specie di questione che si era sollevata tra i giureconsulti moderni, quantunque questione non fosse nè secondo le leggi romane, nè secondo i più veri principii del diritto. Noi dobbiamo tenerne conto alla sapienza del legislatore. Il contratto di locazione parve, secondo alcuni (TROPLONG, *De la vente*, n° 497), trasformarsi in *diritto reale*, dacchè l'art. 1743 del Codice civile francese derogò all'antica regola che *la vendita rompe l'affitto* (Leg. 25 § 1 loc. cond.; Leg. 9 Cod. de locat. et cond.; Leg. 120 § ult. de legat. 1). Ma è nella natura delle cose che la locazione dell'immobile sia tra i contratti personali, non versando che sui frutti, e il cangiare la natura delle cose è fuori della competenza del legislatore. Pertanto l'azione del conduttore verso il terzo acquisitore non è fondata che nella presunta scienza e nel consenso di lui, come avvertono e il PROUDHON, *Traité d'usufruit*, t. I, n° 102, e il TOULLIER, t. III, n° 388, t. XII, n° 105.

5. Il valore di trenta lire si compone di *tutta l'importanza delle pensioni*: notevole differenza da ciò che è stabilito nel successivo art. 77. Perciò la disposizione, riflessibile dal lato scientifico, nel fatto pratico non avrà che rare applicazioni nelle povere affittanze del popolo.

Articolo 71.

Sono di competenza dei pretori tutte le azioni, civili e commerciali, il cui valore non ecceda lire mille cinquecento, salvo la competenza stabilita nell'articolo precedente.

Sono altresì di competenza dei pretori le azioni per prestazione di alimenti o di pensioni alimentarie periodiche, e per la liberazione totale o parziale dalle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non eccede il valore di annue lire duecento.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei pretori.

Annotazioni.

1. Il linguaggio si riforma: abbiamo i *pretori* e lasciamo dietro noi i *giudici di mandamento*. È già qualche cosa. Fu notato da altri che la civiltà tende ad ampliare i poteri della giustizia locale, secondo i centri delle popolazioni si vanno costruendo più animati e più numerosi, e il moto degli affari si va intrecciando in combinazioni più frequenti e domanda più pronte soluzioni. La *competenza dei pretori* comincia a realizzare questo concetto, portando aumento di grado e anche di giurisdizione, benchè assai lieve. Due cardini ha questa competenza: il valore (lire 1500), l'oggetto (*V.* art. 82).

2. **Delle cause commerciali. Precedenti storici.** — Tutte le cause relative ad affari di commercio devono essere giudicate dai tribunali detti propriamente di commercio? o in quei luoghi dove mancano i tribunali di commercio, non sarà demandata questa attribuzione ai tribunali civili? o piuttosto i giudici locali, nei limiti del valore, non avranno essi qualità per conoscerne come di ogni altro titolo non eccettuato? In Francia non prevalse mai che il primo sistema; nei nostri Codici italiani i due secondi furono variamente adottati. La materia fu discussa con una certa ampiezza e anche con una certa tenacità nel parlamento francese, e nel piemontese, molto più tardi, sul progetto del Codice di procedura del 1854. Pel sistema francese e ligure si adduceva la confusione che in contrario si sarebbe fatta di due istituzioni per sè distinte; e il pericolo che c'era nello affidare ai giudici inferiori la decisione di affari commerciali, benchè piccoli, senzachè si riconoscano in loro le

opportune cognizioni a quest'oggetto. Qualche cosa di vero vi è in questa obbiezione, ma vi è altresì dell'esagerato ora che la legislazione commerciale si è tanto schiarita: e venne sin d'allora, sopra ogni altro riflesso, apprezzata la necessità di provvedere ai bisogni del commercio con una giustizia locale e spedita. La quale massima riceve nel nuovo Codice un'applicazione più specifica, come in questo e nel precedente articolo si manifesta, *sulla podestà dei pretori per dare esecuzione alle sentenze dei tribunali di commercio* (*V.* art. 570).

3. **Questioni alimentari.** — È questo uno dei soggetti della competenza pretoriale che s'informa dalla *natura del titolo*, benchè non del tutto sciolta dalla considerazione del valore. Il diritto agli alimenti, ecco l'urgenza divisata nel titolo, ed ecco la causa vera ed *omai rimasta sola* di questa competenza per ciò estesa, oltre l'ordinario, nella sfera del valore. Anche qui un po' di storia. Non ammessa in Francia nei primi tempi questa istituzione, per ragioni che ora non importa dire, riassunto l'esame nelle Camere in occasione delle leggi del 1838, il partito fu vinto in cifra assai tenue. In Piemonte la legislazione del 1854 (art. 3 del Codice di procedura civile) attribuiva ai giudici di mandamento la podestà delle questioni alimentari non eccedenti l'annua pensione di lire 120, *ma limitatamente a certe persone* e a certi titoli del Codice civile. Ciò valse una bella discussione del Pisanelli (*Commentario*, vol. 1, part. 1, pag. 200 e seg.), a cui la sopraggiunta legislazione del 1859 tolse opportunità. Di fatti l'art. 2 di quel Codice è, in questa parte, quello che fu adottato nel presente, che il progetto dello stesso esimio giureconsulto ritenne, ma ampliandolo (Vedi sotto *b*). Or dunque non si tratta soltanto delle prestazioni alimentari tra padre e figlio e tra i più stretti congiunti, ma di tutte senza distinzione, o dovute per obbligo naturale, o per convenzione, o per testamento, tolta via ogni ragione, benchè sacrosanta, di privilegio, e non avendo in vista che di provvedere immediatamente e senza indugi a un tanto bisogno dell'umanità.

a) Nelle prestazioni alimentari di quest'articolo si comprende tutto ciò che viene largamente sotto nome di alimenti nella nota Leg. 43 Dig. de verbor. signif.? Io così ritengo; e solo osservo che avendo il legislatore limitato il valore ad una pensione annua di lire 200, bene espresse che qui si tratta di alimenti della più stretta e indispensabile necessità.

b) Ma sarebbe competente il pretore ove sorgesse questione sullo stesso titolo e causa giuridica degli alimenti? Noto cosa che facilmente sfugge. L'art. 2 del precedente Codice diceva: conoscono pure delle *domande*; e il nostro: sono di competenza... le *azioni*. Da ciò la comprensione del titolo. Le *azioni* pure di *liberazione totale o parziale delle obbligazioni alimentari* vengono in questa competenza, e finiscono di persuadere a ogni uomo la soluzione affermativa.

c) Se le pensioni sono scadute, se trattasi di pensioni arretrate, si applica questo articolo? Mi occorre di rammentare che in tema di compromesso (art. 8), proponendomi una questione analoga, io respinsi la facoltà di arbitrare sugli *alimenti futuri*, ma tenni un altro avviso quando fossero arretrati e passati in credito (ivi, nota 3 *b*). Io conclusi insomma che degli *alimenti arretrati*, o improprii, si può compromettere. La soluzione che ora propongo riguarda un diverso aspetto di quella relazione giuridica. Là si trattava di conoscere *se esclusa dall'arbitraggio la materia degli alimenti*, la esclusione fosse estensibile agli alimenti passati in credito. *Si limitò* la teoria, rispondendo del no. Ora si domanda se la *comprensione*, che forma l'oggetto dell'articolo, abbracci pur anco un'*azione di alimenti scaduti*. E si risponde del sì. Nell'uno e nell'altro caso prevale il favore della libertà giuridica nell'ampiezza dell'interpretazione.

Articolo 72.

Il valore della causa si determina dalla domanda.

Gl'interessi scaduti, le spese, e i danni anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale per il calcolo del valore.

Quando si domandi una somma che sia parte e non residuo di una maggiore obbligazione, il valore si desume dalla obbligazione intera, se questa è controversa.

Annotazioni.

Alla 1ª parte. — *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur* (Leg. 19 de jurisdict.). Certamente il

pronunciato dell'articolo implica un concetto di esclusione: il concetto era stato espresso dall'art. 29 del Codice sardo del 1854 in queste parole: « il valore della causa viene determinato da quello della domanda dell'attore, *non da quello della sentenza*. Quest'ultima parte non fu riprodotta nè nell'art. 32 del Codice di procedura del 1859, nè in questo nuovo. Forsechè era superfluo, e la nuova redazione si disgustò del pleonasmo? Può essere; ma l'antitesi vera è duplice: 1° fra il *valore della domanda* e il *valore di diritto:* poteva aggiudicarsi una somma anche molto minore, ma la competenza era fissata; 2° fra la *domanda* e le *eccezioni*, dalle quali non si deduce mai il criterio della competenza di valore.

Ma la *domanda* è forse in questo caso sinonimo di *citazione?* Non precisamente. L'attore può moderare, ridurre la sua *domanda* con atti successivi. Può farlo sempre quando il giudice adito era competente secondo la primitiva domanda; nè la riduzione è punto per alterare i termini della competenza, mentre (supposto che la riduzione sia regolare e non ecciti una nuova controversia) imporrà al nuovo giudice di uniformarvisi sotto pena di eccesso. *Questione*, se il giudice essendo in origine incompetente, la riduzione sia valevole ad attribuirgli quella competenza che non avrebbe avuta nei termini della citazione. Se al pretore fu chiesta una somma di lire 2000, egli era incompetente, ma colla riduzione a lire 1500 diviene egli forse competente? Un esimio giureconsulto ha risposto affermativamente (*Commentario del Codice sardo*, vol. 1, part. 1, pag. 577): io pure lo credo, alla condizione però che il convenuto non abbia già allegata la eccezione d'incompetenza.

La questione di valore potrebbe anch'essere determinata ad *ogni effetto*, sì della competenza che dell'appellabilità, dall'atto del convenuto: vale dire dall'*acquiescenza* che al valore ridotto fosse da lui prestata, sebbene in origine non fosse il giudice competente.

Per le domande *addizionali* ed *aumentative*, in quanto valgano a rendere competente il giudice che non lo era, bisogna tenere il contrario: l'attore non può avere questa facoltà. Ma se il giudice era competente, aumentando l'importare della domanda in corso di lite, e la contraria parte prestando il suo assenso all'effetto che il giudice faccia atto della sua giurisdizione col giudicare di questa maggiore domanda, verrebbe a sostegno il responso di Giuliano nella Leg. 74 § 1 de judiciis.

Alla 2ª parte. — Gli *interessi scaduti formano un debito certo;* gli scadendi essendo indeterminabili al momento della citazione, non sono neppure un credito. Parlando di *danni anteriori* non si può intendere che dei *danni verificati:* il che è diverso dall'*avere una causa anteriore*. La causa può già preesistere alla stessa citazione (è stata levata una diga onde possano sboccare le acque in caso di piena, che non si è però verificata). L'esistenza della causa potenziale del danno basterà a motivare una domanda generica; specie di protesta pei danni possibili o anche probabili, che non aumenta però l'importanza del libello all'effetto della competenza. *Spese, spese anteriori* non possono essere quelle della lite (perciò le *spese del protesto* di una cambiale sono generalmente ritenute *spese di procedura* (Senato di Genova, 30 ottobre 1832, Collezione Gervasoni, 1832, p. 420; Dalloz, *Rec.*, 1849). Potrebbero essere le spese di un'altra lite, finita di già, e formanti un credito indipendente dall'attuale. Pare che l'articolo intenda principalmente delle *spese incontrate e relative all'oggetto in questione*. Le spese di una lite possono anche formare l'oggetto principale della domanda. Una *domanda secondaria* può non essere che un modo della principale; può essere *accessoria* ma *distinta*, e quindi computabile in valore. Talvolta ciò che è puramente consequenziale di una domanda, come la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria in seguito dell'assoluzione che si richiede, può dare all'azione un diverso carattere, quello, per es., di azione reale.

Alla 3ª parte. — La legge ha considerato che la *domanda del residuo* mette fuori di contesa, almeno dal lato dell'attore (e ciò basta), tutto ciò che riguardava la precedente obbligazione, che si ritiene già estinta. Ma la domanda di una rata o parte dell'obbligazione suscita la questione dell'intero, se il convenuto la oppugna, e compromette le rate future. La legge parla di *quantità* e di somme, ma ritengo che la stessa ragione militi *quo ad res*, ove l'azione per un individuo implichi la sanzione di un obbligo comprensivo di altri corpi: se, per es., essendo stati legati più cavalli, se ne domanda uno, e il convenuto sollevi la questione della nullità del legato. Altro è a dire se l'altra parte del diritto risultante dall'obbligazione *non appartenga più all'attore*, supposto che il credito fosse stato diviso. Ma l'altra parte del credito potrebbe non più appartenere all'attore per alienazione fatta. Nel qual caso egli *potrebbe avere interesse*, restando garante della vendita e obbligato di evizione.

Articolo 73.

Quando i capi di domanda siano più, si sommano tutti per determinare il valore della causa, se dipendano dallo stesso titolo; se dipendano da titoli distinti, si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Rappresentando l'articolo l'ultimo stato della legislazione su questo punto, non si può bene apprezzare la sua nozione senza qualche sussidio storico.

Nel diritto romano prevalse la massima che BARTOLO enuncia in questi termini: *Non debet fieri coacervatio plurium summarum ex diversis actionibus debitarum ad jurisdictionem impediendam*, dalla Legge 11 de jurisd. omn. judic., che è precisa. Il giudice, attesa la divisibilità delle azioni, rimaneva competente, benchè le somme coacervate lo avrebbero portato oltre il confine della sua competenza. La forza di questa decisione sta nella *pluralità delle azioni*, imperocchè se i moltiplici diritti si fossero sviluppati dall'azione medesima, la cosa cangiava d'aspetto.

La logica mirabilmente sicura di quelle monti si svelava anche in questo concetto. In Francia, dopo lunghi indugi, si venne sul disputare, e due sistemi si trovarono a fronte nelle discussioni parlamentari del 1835 e del 1837. L'uno propugnava che, potendosi pure quelle azioni sperimentare disgiuntamente, ragione non c'era per impedire all'attore di proporle in un solo giudizio (non essendo fra loro in opposizione), dovendosi il giudice ritenere investito di altrettante cognizioni distinte, quanti erano distinti i capi dei quali dovrebbe giudicare. Altri temevano il soverchio gonfiarsi della competenza, resa da simile concorso troppo più importante di quella che per sua natura sarebbe la possa di un giudice di pace; temevano che nascesse confusione, che si gravasse di troppo peso, e allegavano per analogia l'articolo 1345 del Codice civile. A questi ultimi restò la vittoria.

I Codici delle frazioni italiane variarono: fermandoci, al solito, nei Codici sardi, troviamo quello del 1854 avere seguita questa norma con una deplorabile precisione, dichiarando espressamente l'art. 30, che non valeva il trattarsi di *cause* o *titoli distinti*.

L'art. 33 del Codice del 1859 fece un improvviso e grato ritorno al principio del diritto romano. Noi vediamo nel presente ripresa quella dichiarazione, e di nuovo consacrata con una redazione anche più corretta.

2. **Questioni.** — *a) L'articolo avrà la sua applicazione qualora più siano le persone dei convenuti?* In genere rispondo di no: l'unità della relazione personale si porge come vincolo d'unione alla stessa moltiplicità dei rapporti giuridici; senza di questo è facile comprendere a quali strani inconvenienti si andrebbe incontro. La regola però si limita; o *quando si tratti di coobbligati* (PISANELLI, *Commentario al Codice sardo*, vol. 1, p. 1, n° 606, *della competenza*); o ancora se la qualità e natura delle azioni implichi più individui che rispettivamente vi sono interessati, quantunque non coobbligati.

b) Potranno indistintamente e senza discernimento alcuno cumularsi le azioni? La ragione, che sovrasta ad ogni precetto, dice che un rapporto di convenienza, una certa affinità dovranno avere le azioni proposte nel medesimo giudizio, e sarebbe assurdo che una domanda pecuniaria di una rata di affitto fosse associata ad un'altra di petizione d'eredità, o di rivendicazione di un immobile. Del resto la legge chiaramente spiega che una base comune alle singole e distinte petizioni esiste nella *domanda* da cui hanno origine: un contratto di affittanza potrà esser causa per chiedere le pensioni scadute, la restituzione di certi effetti che il conduttore si è appropriato senza ragione, un termine per fare l'inventario, ecc.

3. Avverto che la stessa norma che regola la competenza, governa l'appellabilità. La teoria della divisibilità dei capi di lite è osservata eziandio per le appellazioni (art. 486, al. 2).

Articolo 74.

Quando più persone chiedano in un medesimo giudizio da uno o più obbligati il pagamento della loro parte di un credito, il valore della causa si determina dalla somma totale.

Annotazioni.

Una disposizione identica alla presente susseguiva l'art. 30 del Codice di procedura civile del 1851, che nella nota 1 al precedente articolo si mostrò contenere il principio totalmente opposto a quello della divisibilità delle azioni sancito nel nostro art. 73. In quel sistema la disposizione poteva sembrare correlativa, nel nostro ha l'aspetto di una limitazione: limitazione che, volendo così chiamarsi, potrebbe anche offendere il principio, se non fosse cautamente e ragionevolmente intesa. Conservando questa disposizione, noi ci siamo anco una volta conformati alla tradizione romana, colla quale è difficile l'errare. Ora *non più della pluralità delle azioni*, ma *de pluralitate personarum agitur*, che sta a completare la teorica di CAJUS, dichiarata nel lib. 1 *ad edictum provinc.*, Leg. 11 Dig. de jurisdict. Ivi si insegna che *si una actio communis sit plurium personarum veluti familiæ erciscundæ...* tota res erit spectanda, *quia tota res in judicium venit*. Questo aforismma sembra sostenere l'opinione di coloro che credono aver luogo la regola, che ora vedesi enunciata anche dal nostro articolo, allora soltanto che *si abbia unità di causa o titolo* (secondo spiegarono il Codice di procedura di Parma, art. 52, e quello di Modena, art. 30). Ed è certo; se *il valore della somma si determina dal valore totale*, egli è evidente che *trattasi di quantità omogenee* e di elementi che possono insieme riunirsi; quindi non di *azioni* distinte e diverse, ma di *una sola azione*, precisamente secondo il concetto del giureconsulto romano.

Due enunciati possono pertanto stabilirsi: 1° che la sostanza del presente articolo è: la pluralità delle persone o degli attori o dei convenuti non costituisce pluralità di azioni; quindi farsi luogo alla cumulazione. (Più eredi, per es., domandano un credito; benchè il credito sia *ipso jure* divisibile e ciascuno di essi domandi la sua virile, *tota res in judicium venit*.) 2° Quanto alla relazione dell'articolo col suo precedente, servire di spiegazione e come completarlo, dichiarando che la divisibilità si fonda nella natura distinta dei capi di domanda, comunque procedano da una origine comune, non mai nel numero delle persone, che non impedisce di considerare come *unica res* l'oggetto in contesa a regolare la competenza.

Articolo 75.

Nelle controversie per sequestro o pignoramento il valore della causa si determina:

1° Dal credito per cui si procede a questi atti, se si contenda intorno al diritto del sequestrante o pignorante, o intorno alle forme di procedura;

2° Dal valore degli oggetti controversi se un terzo pretenda rivendicare in tutto o in parte le cose pignorate o sequestrate;

3° Dal valore separato di ciascuno dei crediti controversi e concorrenti, se si contenda sulla distribuzione del prezzo.

Annotazioni.

1. Generalmente, e in un punto di vista complessivo, può dirsi che la norma di valore è assunta dall'oggetto speciale sia del procedimento esecutivo, che delle questioni che insorgono intorno ad esso; e poichè moltiplici interessi possono presentarsi in relazione alle cose sulle quali cade la esecuzione, e terzi comparire esplicando rapporti di diritto di varia e distinta natura, perciò la legge ha dovuto formarsi criterii relativi di valore, attinti dall'oggetto specifico della contesa. L'art. 35 del precedente Codice, uguale al presente, ha fatto le sue prove nei giudizi, e la sua esattezza ha avuto la conferma della pratica.

2. La *relazione di causa*, che ha la precedenza sopra ogni altra, è quella del credito per cui si procede al pignoramento o sequestro: relazione necessaria, mentre ogni altra è accidentale. Per essa adunque si determina la competenza del procedimento esecutivo, e non dalla importanza del titolo che il creditore può possedere superiore a quello del credito che intende realizzare; e non dalla giurisdizione, dalla quale emanò. Se un tribunale pronunziò a favore di Tizio sentenza per un valore di diecimila lire, ed egli procede al sequestro o pignoramento per sole mille, subentra la competenza del pretore. Nel giro di questa medesima relazione, ossia nello stesso dato di valore, sono le *controversie di forma* che non

ne hanno uno proprio, e che per natura loro lo ricevono dalla controversia principale.

3. Il sorgere di un terzo a rivendicare in tutto o in parte gli oggetti pignorati o sequestrati, produce un rapporto giuridico affatto diverso: l'*azione personale* che vertiva fra creditore e debitore nel fatto esecutivo, che supponeva la *persecutio rei* dello stesso debitore, ora è mutato: l'*azione reale*, che viene ad introdursi, secondo i principii generali del diritto, *deduce la ragione del valore da quello delle cose;* ciò è dichiarato al n° 2. Se fu oppignorato per un ammontare di lire 10,000, e non si rivendichi che una cosa che ne val 1,000, la contesa circoscritta a questo valore si sperimenta avanti il giudice minore. Vi è di più. La questione del credito sparisce, e si concentra nel conoscere se il terzo sia veramente proprietario. (Quanto ai *sequestri presso terzi V.* anche per le norme della competenza l'art. 616.)

4. Nei giudizi di graduazione o di contributo torna a misurarsi il valore, non più dal valore della cosa controversa, e neppure dalla somma, dal prezzo da distribuirsi, ma bensì da quello di *ciascuno dei crediti controversi e concorrenti;* onde si formano dei gruppi di questioni distinte. Il principale interesse di questa disposizione riguarda il diritto d'appello, che prende norma dalla *quantità del credito controverso;* laonde, sebbene la sentenza di graduatoria sia nel suo complesso appellabile, potrebbe non essere appellabile quella speciale e relativa al credito controverso.

Articolo 76.

Nelle controversie per prestazione di rendita perpetua, temporanea, o vitalizia, di qualunque denominazione, il valore si desume dalla somma capitale espressa nell'atto della costituzione, se il titolo sia controverso.

Quando non sia espressa la somma capitale, il valore si determina cumulando venti annualità se si tratti di rendita perpetua, e dieci se di rendita vitalizia, oppure per tempo indeterminato o determinato, ma non minore di anni dieci, senza distinzione tra le rendite e pensioni costituite sulla vita di una o più persone.

Quando la rendita sia per tempo minore di anni dieci il valore si determina cumulando le annualità.

Annotazioni.

1. Nelle cause (io sostituirei questa locuzione all'altra *nelle controversie*, che implica alquanto colla condizione *se il titolo sia controverso*), nelle cause, di cui parla l'articolo, bene è stata presa per base di valore la *rendita* anzichè il *capitale*, come portava l'art. 36 del precedente Codice; quantunque il capitale convenuto possa rappresentarne il valore. Questa forma ha pure il vantaggio di comprendere ogni natura di prestazione, ogni titolo che vi dà diritto. Quindi si è potuto togliere quella indicazione del *censo*, troppo particolare, che si leggeva in quell'articolo, e colla giunta *di qualunque denominazione*, che in quello mancava, dare alla nozione tutta la capacità di cui era suscettibile, facendo luogo anche al *contratto d'enfiteusi*, sul che nacque allora qualche dubbio (*Commentario del Codice sardo*, vol. 1, p. 1, p. 663. Questo titolo è comparso nel nuovo Codice civile con tutta la semplicità del concetto moderno, disgiunto dalle imposizioni che già si dissero *naturali*, come dei *laudemii d'ingresso*, dei *laudemii di passaggio*, con cause determinate di devoluzione, lasciando una regolata libertà alle convenzioni delle parti (art. 1336 e seg.). Nell'enfiteusi antiche o *nobili*, che rammentano condizioni politiche o agricole che non sono più, nell'enfiteusi a piccolissimo canone con esuberante partecipazione della proprietà fondiaria dal lato del direttario, avrebbe invero potuto dubitarsi sulla congrua applicazione di questa legge fondata sulla rendita che non rappresenta la vera importanza del diritto, se, sradicate e tolte via tutte le distinzioni tra la varia natura delle enfiteusi anteriori, non si fossero rese redimibili tutte quante con una proporzione uniforme tra il prezzo e la rendita (art. 1364 del Cod. civ.). Perciò la enfiteusi, di qualunque forma, rientra senza difficoltà alcuna nella disposizione generalissima di questa legge.

2. Si dirà *controverso il titolo* quando si mette in questione l'esistenza materiale o giuridica del documento che deve formar la prova del diritto; quando si nega in genere il diritto o l'azione; è pure controverso il titolo

quando si disputa sulle *condizioni* in forza delle quali si rende o no esigibile, avvegnachè non si attacchi la sostanza del diritto. In generale, a mio avviso, è controverso il titolo anche disputandosi di *modalità*, non limitatamente alle rate richieste (se, per es., scaduto o non scaduto, e simili): in altri termini, quando è attaccato il modo di essere del titolo stesso, benchè nelle sue forme accidentali, imponendo al giudice la necessità di un esame che supera per avventura la sfera della sua competenza.

3. Se la questione non cadesse che *sopra una parte o quota della rendita*, per es., sulla ritenzione del decimo, penso non doversi far ragione che di quella e del capitale proporzionato (PISANELLI, *Commentario al Codice sardo*, vol. 1, p. 1, p. 665).

Articolo 77.

Nelle controversie sulla validità o continuazione di una locazione il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi, di cui si contende, e gli accessori.

Annotazioni.

1. Il valore di una controversia di locazione è stato sempre di una determinazione difficile. In generale si riteneva molto razionale il distinguere tra quelle che riguardano la *validità*, e quelle che soltanto la *continuazione;* lasciando stare, com'è chiaro, quelle domande pure e semplici che non suscitavano alcuna delle ridette controversie, il cui valore è misurato dalla stessa domanda. Alla prima questione si faceva corrispondere un criterio di valore esteso su tutta la importanza dell'affitto; ma rapporto alla seconda si variò. Alcuni Codici cumulavano le pensioni ch'erano ancora da scadere (Codice di Parma, art. 58; di Modena, art. 37; Regolamento romano, § 455; Codice piemontese del 1854, art. 38); quello del 1859 determinava il valore del *cumulo degli anni posti in controversia, congiunto col valore degli accessorii.*

Il presente articolo pone sulla stessa linea *validità* e *continuazione*, ma addita alla nostra considerazione quella significantissima frase, *cumulando i fitti, ecc., dei quali si contende*, onde la legge, senza incaricarsi del conto, si spedisce con un concetto largamente comprensivo e generale.

E si può bene con ciò ritornare alle disposizioni precedenti. Se della validità si contende, *tota res*, tutto il complesso delle corrisposte viene in controversia, gli accessorii e tutto insomma il contratto. Se di *continuazione*, la contesa non cade sul passato, ma sul presente o sull'avvenire della locazione, se non che potrebbe implicare una sola annualità o più, o anche il rinnovamento totale, onde si pare la grande saggezza di questa legge, che ha voluto mantenersi, come abbiamo detto, sulle generali.

2. **Questione.** — *Se l'articolo sia applicabile alle locazioni di mobili, o di opere e industrie.* Credo sia applicabile, comprendendo ogni forma o carattere della locazione. Deve apprezzarsi quella nomenclatura di *fitti*, *pigioni*, *mercedi*, che sembra porgersi ad ogni specie. La questione sulla esistenza giuridica della locazione di mobili può involvere, non sempre, ma in certi casi, la questione di proprietà, come qualche giureconsulto ha avvertito; ragione di più onde la competenza sia determinata dall'insieme dei noliti o pigioni. L'effetto potrebb'essere, come io diceva, la proprietà stessa della cosa mobile (il che può avvenire anche di un immobile, giacchè la domanda degli affitti inchiude sempre l'affermazione della proprietà), ma se non si disputa che di locazione, non si dee misurare la competenza che dal soggetto della lite. Suppongo che Tizio domandi a Cajo il nolito di una grande quantità di argenterie, di cui egli fa uso quotidiano in un albergo da lui condotto. La locazione è negata da Cajo per una ragione qualunque; tra queste vi può esser quella di essere proprietario delle argenterie. La proprietà era implicita nella domanda del preteso locatore, come lo è sempre; ma il carattere dell'azione e l'oggetto della domanda sono semplicemente locatizi: onde non si saprebbe perchè la competenza dovesse desumersi dal valore stesso degli argenti, che potrebb'essere di molto maggiore, in quella guisa che si trattasse di un'azione vindicatoria.

Articolo 78.

Nei casi indicati nei due articoli precedenti, o in altri simili casi, se la

prestazione debba farsi in derrate, il valore non determinato dal titolo è dichiarato dall'attore.

Se l'attore non faccia la dichiarazione, o il convenuto non l'accetti, il valore si desume dai prezzi medii del mercato più vicino al luogo della prestazione.

Articolo 79.

Nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato.

Se la controversia cade sull'usufrutto o sulla proprietà nuda, il valore si determina moltiplicando il tributo per cinquanta.

Se la controversia cada sopra una servitù prediale, il valore si determina da quello del fondo serviente.

Se la controversia cada sul regolamento dei confini, il valore si determina da quello della parte di proprietà controversa.

Quando il valore dell'immobile non si possa determinare dal tributo, la causa si considera di valore eccedente lire millecinquecento.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Per arrivare alle conclusioni così perentorie che l'articolo disegna, la legislazione passò attraverso a tentativi, dubbii ed oscillazioni d'ogni maniera; la esperienza o la critica diranno se questo sia il miglior sistema.

Partendo dalla legislazione francese del 1799 (a non parlare dell'antica che rimonta al 1551), varie furono le norme a cui la legge si appigliò per determinare il valore dell'immobile: adottando il criterio della rendita, fu contenta si desumesse o dalla naturale o dalla convenzionale, se ci fosse un'affittanza; o dalla valutazione concorde delle parti. Quando si pensò la riforma della procedura (che fu poi eseguita con sì meschini risultati nel 1838), vi fu chi combattendo quelle basi, preferiva il tributo prediale, anche ad ovviare i pericoli delle troppo frequenti indeterminazioni di valore che favoriscono così di soverchio le appellazioni; ma la Legge 11 aprile 1838 non fece che sancire gli antichi principii. La Legge belga del 25 maggio 1841 accettò, ma soltanto come secondaria, la base della contribuzione fondiaria, e allora che il valore del fondo non potesse definirsi dalla norma dell'affitto. I Codici dei varii Stati italiani andarono in diversi criterii; fermiamoci alla legislazione sarda. L'editto ipotecario del 16 luglio 1822 dettava sulla valutazione degli immobili, nell'art. 27, una regola che non rifiutava verun modo di dimostrazione, e non ne prediligeva alcuno. Ma *per accertarne il valore*, doversi *avere riguardo al reddito determinato dal tributo prediale, e risultante dagli affittamenti fatti in epoca non sospetta, o dalle perizie eseguite in tempo prossimo e dalle opportune informazioni*. Vero è per altro, o conviene notarlo, che ivi si trattava di *riduzione di ipoteche*, per conseguenza si aveva bisogno non di un valore *normale*, ma reale. Con tutto ciò quando si fu a scrivere la procedura del 1854, lo stesso eclettismo dominò presso quei legislatori, e fu buono il dimostrare il valore tanto *per titoli*, che *per prova di tributo* o *per perizie*, e finalmente *per valutazione della parte attrice* (art. 40, 41, 42, 43). Questione quindi nasceva sulla qualità del titolo e sulla sua virtù dimostrativa; questione sulle perizie; perdita di tempo nel formarle; inconveniente di fare una lite preparatoria forse più grave della lite principale. L'art. 39 del Codice di procedura civile del 1859 non ci portò nulla di meglio, e ora finalmente è venuta, spinta da un vero bisogno, la presente riforma. Essa ha il vantaggio di presentare una norma unica e un metodo semplice.

2. La servitù prediale è un'*affezione del fondo serviente*. L'art. 39 riuniva, per formare il valore della causa, *la metà del valore del fondo dominante alla metà del valore del fondo serviente*, certo in considerazione dei rapporti che in opposto senso mantiene la servitù verso amendue. Il criterio del nuovo articolo è molto più razionale. Il valore della causa non si desume mai dal soggetto attivo della lite, ma bensì dal soggetto passivo, ossia dal proprio oggetto.

3. La valutazione del fondo *per consenso*, che è un cattivo modo di far dipendere la giu-

risdizione *reale* da arbitri personali, in uso presso i Francesi, non ha più influenza; il meglio era, come si è fatto, ritenere indeterminato il valore, e quindi superiore alle lire 1500, ove i mezzi legali della prova mancassero.

Articolo 80.

Nelle controversie relative a beni mobili il valore della causa è determinato dall'attore nella domanda.

Se l'attore non lo determini, si presume che il valore sia di competenza dell'autorità giudiziaria adita.

Il convenuto nella prima risposta può impugnare il valore dichiarato o presunto come sopra. In questo caso il giudice decide, allo stato degli atti, se il valore della causa sia nei limiti della sua competenza.

Annotazioni.

1. Richiama la nostra attenzione l'espressione usata dal legislatore, *nelle controversie relative a beni mobili*. Nel Codici del 1854 (art. 39), e del 1859 (art. 40), non si pensò che alla *azione rivendicatoria*, onde si dubitava se comprendesse l'azione del pegno. Intanto è la *domanda dell'attore che determina il valore;* il quale proposto può intendersi in due modi: o in quanto l'attore esprime, allo scopo della competenza, il valore da lui attribuito alla cosa, ancorchè non domandi alcuna somma, ma la cosa soltanto; o in quanto domandi una somma dovutagli sul mobile (per es. lire 1,000 per diritto di pegno, e allora la domanda è pecuniaria e la competenza è dichiarata); oppure i danni e interessi a surrogato della cosa mobile e quali rappresentanti il valore di quella. Egli ha pure un altro modo di significare il valore: è la specie della giurisdizione ch'egli elegge. Sicchè portandosi alla giurisdizione superiore egli avrà detto abbastanza chiaramente che il mobile vale più di lire 1500, e non potrà più variare spontaneamente la valutazione. Ma egli potrebbe essere indotto ad esagerare dal proprio interesse, sia per conseguire maggiori vantaggi, sia a procacciarsi il diritto di appellare. Il silenzio del convenuto vale acquiescenza: ecco ciò che si pone nell'ultimo alinea.

2. *Avrebbe il giudice facoltà di non attendere alle dichiarazioni delle parti*, ove il valsente dell'oggetto in contesa gli sembrasse ben altro, e fosse convinto di una collusione? I glossografi francesi, tra i quali HENRION DE PENSEY, scrittore di grande autorità, non ammettono questa uscita del giudice; meno si potrebbe ammettere da noi con un testo così chiaro. La collusione potrebbe ben anco verificarsi; ma *de raro contingentibus* non può tener conto una legge di competenza che deve procedere con norme generali, ed anche adottare le più semplici e precise.

3. Il valore *può essere impugnato dal convenuto;* ed ecco inevitabile la questione preliminare del valore, che è la questione della competenza. Per quanto la legge si sforzi ed affetti semplicità anche in questo caso, non si vede qual mezzo di prova possa escludersi, o di stima, o di testimonii, o di giuramenti, ecc. Una sola cosa giustifica tutto questo movimento, ed è che, mentre si ricerca il valore all'effetto della competenza, si preparano altresì materiali utili al giudizio. Di fatti una tale controversia non si vedrà sorgere che nel caso in cui l'attore avesse adita la giurisdizione superiore: il limite della competenza è pel convenuto il limite del suo debito, lasciata da parte la questione dell'appellabilità, che può essere di reciproco vantaggio. Se non m'inganno, la nuova legge ha voluto con ciò risolvere una questione che nasceva dall'altro Codice, ov'era dichiarato: *L'accettazione della competenza per parte del convenuto non toglie ad esso il diritto di far constatare il valor vero pel caso d'impedita restituzione;* disposizione interamente soppressa. Perciò si diede al convenuto il diritto d'impugnare il valore dichiarato dall'attore.

Articolo 81.

Le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici, e altre di valore indeterminabile, si considerano di valore eccedente lire millecinquecento.

Digitized by Google

Annotazioni.

Cause di *valore indeterminabile* sono quelle il cui oggetto non ha un valore economico corrispondente, ed allora è la natura stessa delle cose che ci costringe ad abbandonare ogni tentativo di stima, a meno che, filosofando con MELCHIORRE GIOJA, non si voglia ridurre ogni cosa, e persino le gioie e i dolori, a computo di soldi e danari. Sono insomma le cose *incapaci di valutazione:* ciò dice l'articolo. Specificarle non è facile. Il § 449 del Regolamento legislativo e giudiziario dello Stato romano, che fu certo uno dei migliori, vi si era molto appressato nelle seguenti categorie: 1° *Le cause relative a diritti onorifici, dignità, prerogative, preminenze, giurisdizioni, privilegi;* 2° *Quelle che riguardano filiazioni, adozioni, interdizioni, tutele, curatele, e generalmente tutte le cause concernenti in qualche modo lo stato delle persone.* Si può domandare se i beni e diritti *dichiarati inalienabili da qualche legge positiva* siano da porsi nella classe di quelli che *sono di valore indeterminabile.* La inalienabilità può essere assoluta o relativa. Assoluta quella, per es., dei beni demaniali; relativa quella dei beni dotali, o di altri, alla cui alienazione sono imposte certe condizioni. Ma fosse pure assoluto il divieto di alienare, non ne viene che essi siano di *valore indeterminabile.* La questione rivendicatoria mettendo in dubbio la stessa inalienabilità, obbliga a stabilire la misura della competenza; la quale, in difetto del dato legale del tributo, sarebbe ritenuta della maggiore entità, non in forza del presente articolo, ma della disposizione già osservata dell'art. 79.

Articolo 82.

Sono di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine:

1° Le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante e ai frutti;

2° Le azioni possessorie;

3° Le azioni di danno temuto e denuncia di nuova opera, in conformità degli articoli 698 e 699 del codice civile;

4° Le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi;

5° Le azioni di sfratto per locazione finita, salvo il disposto dell'articolo 70.

Annotazioni.

1. **Le azioni possessorie.** — È implicito e necessario il richiamo delle nozioni stabilite nel Codice civile. Le azioni possessorie all'uso moderno si contengono negli articoli 694, 695. Ridotte a due classi, la *manutenzione* e la *reintegrazione*, assorbono tutte le gradazioni che, dagl'interdetti dell'epoca romana, ai rimedii, per le spogliazioni specialmente, del diritto canonico, ebbero importanza sino a ieri nei paesi del diritto romano; le dispute varie e sottili sul possesso *plenario, sommario* e *sommariissimo* non esistono più. Queste ultime azioni, o piuttosto modi e forme delle azioni medesime, solevano anche chiamarsi di *possesso semplice* o *momentaneo* (Regolamento romano del 10 novembre 1834, § 532). Per altro le cause che riguardavano questioni di *possesso plenario* (aggiunge l'art. 565 del Codice di procedura toscano) erano tolte alla minore competenza, e di fatti il *possesso plenario* rappresentava una vera e proficua condizione giuridica, comunque facesse astrazione dal titolo e dalla proprietà; fornito dei requisiti opportuni, partoriva la usucapione, ed era scala ed avviamento alla proprietà, di cui qualche volta faceva le veci. Le azioni che possono derivare da un simile stato di cose non hanno presso di noi il nome di *azioni possessorie*, riservato a quei giudizi che sono contenuti negli articoli succitati del Codice civile, perciò vi è in questa nomenclatura tutta la semplicità desiderabile.

2. Le azioni possessorie, qualunque sia il loro oggetto e il loro interesse, sono affidate al giudice inferiore, perchè locale, perchè si governa con una procedura facile e spedita, perchè più pronto a provvedere. Che i più gravi problemi della giurisprudenza vengano così a

presentarsi alla sua soluzione, la storia del fòro lo narra, contandone gli errori. Additare e sciogliere quei problemi non può una *nota*, che appena ha spazio che basti ad avvertire le sintesi principali; còmpito che appartiene piuttosto a chi illustra il Codice civile. Porremo soltanto alcune regole, che possono essere norma a chi è per intentare un'azione possessoria avanti il pretore, in coerenza ai detti articoli 694 e 695, ed al 686 del Codice civile.

a) *Possesso di oltre un anno.* Il possessore può congiungere al proprio il possesso del suo autore, semprechè anche quello sia manutenibile (Leg. 13 Dig. de adquir. vel am. poss.).

b) L'usufruttuario congiunge al suo il possesso del precedente proprietario (*usufrutto causale*); e benchè sia alquanto controverso, è nostro avviso che il proprietario, subentrando al possesso dell'usufruttuario, lo continui sì per l'effetto della prescrizione che della manutenzione.

c) L'attore che ha giudizialmente ottenuto il possesso del fondo continua in faccia ai terzi, per l'effetto almeno della manutenzione, il possesso del convenuto, al quale storicamente succede (Cujacio, *Recit.* alla Leg. 13 § 8 Dig. de adquir. vel amitt. possess.; Brunneman, alla detta Legge; Belime, n° 202; Scialoja, *Commentario del Codice sardo*, vol. 1, p. II, p. 425).

d) Il possesso annale dev'essere *continuo*. La citazione avanti giudice incompetente, sebbene atta ad interrompere la prescrizione (articolo 2125 del Codice civile) per un'opinione che noi crediamo preferibile, non interrompe il possesso all'effetto della manutenzione.

e) *Possesso pubblico* (art. 686 del Codice civile) a vista di tutti, e quindi presuntivamente noto allo stesso proprietario. Non nuoce la clandestinità iniziale del possesso, susseguita da un anno di possesso pubblico; mentre nuoce, secondo noi crediamo, l'intermedia clandestinità di un possesso cominciato alla luce del sole.

f) Il *possesso* è pacifico e tale dura, nonostante la violenza che lo ha turbato. *Qui per vim possessionem retinuerit, Labeo ait ei vi non possidere* (Leg. 1 § 28 de vi et de vi arm.).

g) L'art. 686 del nuovo Codice civile alla dizione *non a titolo precario* (art. 445 del Codice albertino) surroga *con animo di tener la cosa come propria*. L'art. 688 esclude da questa condizione dell'animo gli *atti meramente facoltativi e di semplice tolleranza:* quegli atti che noi facciamo per concessione altrui, perchè ci sono lasciati fare, conoscendo noi questo stato di dipendenza.

h) *Possesso non equivoco;* che può spiegarsi in più guise, con animo di proprietario e senza: questione dipendente dalle circostanze di fatto, e secondo prepondera o no l'elemento della buona coscienza, giudicabile.

i) *Carattere della molestia.* Il ladro non inferisce una molestia di questo genere, benchè ne inferisca una peggiore. *Molestia* è la negazione del possesso con intenzione e uso di mezzi a ciò relativi.

l) *Molestie di fatto* e *molestie di diritto.* La prima reca un danno materiale; la molestia di diritto è quella derivata da atti giudiziali o stragiudiziali che mettono in questione il diritto di possesso; e che hanno questo indirizzo e scopo. Non è tale quella opposizione di diritto che si porge come eccezione e difesa per ripulsare un'azione o pretesa contraria.

m) Non soggiacciono a questa legge i beni per loro destinazione pubblici e inalienabili, compresevi le strade comunali e loro accessorii. Il lido del mare, le spiagge, i porti: quei beni che sono indicati negli art. 427, 428 e 429 del Codice civile. Quanto agli alvei relitti dei fiumi, isole, terreni d'alluvione, ecc., *V.* art. 453 al 461 dello stesso Codice.

n) *Possessorio in materia d'acque* (*V.* art. 536 e seg. del Codice civile, tit. de aq. et aq. pluv. arc.; Instit. de servitut. prædior., tit. comm. prædior.; Cepolla e Pecchio, *De servitut.*). Il proprietario del fondo superiore reca *molestia all'inferiore* e provoca contro di sè l'azione possessoria, facendogli più grave la servitù o cangiando la coltivazione del proprio fondo, o in altro modo qualunque. A rigore è l'azione del danno che compete al possessore inferiore, mentre al superiore che ha il possesso di mandar giù le acque, o in tutto o in parte impedito per fatto dell'inferiore, per fatto non naturale, esercita l'azione possessoria.

o) Sull'uso della sorgente *V.* art. 540 del Codice civile. Non esiste una vera relazione giuridica naturale, causa di azione possessoria, tra il proprietario del fondo superiore e il proprietario del fondo onde sbocca la sorgente, laonde il primo agendo senza dolo e nel suo proprio interesse, può anche fare opere nel proprio fondo tali da indebolire o anche sopprimere la stessa sorgente. Il possesso manutenibile dell'inferiore è quello che è giustificato da un titolo o dalla prescrizione (art. 541 del Codice civile).

p) Le *acque irrigatorie* sogliono distribuirsi, in forza di un regolamento, ad ore determinate, e l'utente ha per tale spazio di tempo un vero possesso manutenibile. Le acque *sco-*

laticce sono a colui che se ne può servire il primo, e non generano azione di possesso, che nessuno propriamente ha. Le *acque piovane* si considerano *res nullius*, ma cadendo in fondo privato vengono in podestà del proprietario.

q) Dalle servitù urbane si svolgono azioni possessorie molteplici, svariatissime, che non possiamo nemmeno accennare. Il Codice civile descrive codeste relazioni di diritto con grandissima cura nel capo II del tit. III, lib. II.

2. La seconda forma dell'azione possessoria è quella di *reintegrazione* (art. 693 del Codice civile). Piuttosto che gli effetti, in quanto cioè il possesso realmente sia molestato o tolto, sono le *cause* e i *modi* che distinguono le due forme dell'azione; e dove il turbamento o spoglio derivi da fatto *violento* od *occulto*, la reintegrazione si opera senza che sia d'uopo appoggiarsi in un possesso giuridico. È nell'interesse dell'ordine pubblico che la violenza o la insidia, veri delitti, non modifichino il diritto in veruna guisa, ma siano immediatamente repressi, e ogni loro traccia distrutta. Nel titolo del Digesto *quod vi aut clam* possono riscontrarsi le distinzioni più acute fra quei due modi, ugualmente riprovevoli, di usurpare gli altrui possessi.

3. Le varie determinazioni nelle quali si divide quest'articolo, tanto complesso, si armonizzano in uno scopo comune: di porgere rimedio pronto e risoluto contro le turbazioni che noi soffriamo per altrui fatto arbitrario ed illegittimo nel modo di possedere o godere le cose nostre. Ognuno di codesti fatti non ci priva invero del possesso, ossia della *disponibilità*, quindi è che accennando il n° 2 alle *azioni possessorie*, esclude che le altre, pur sempre conservatorie e interdittali, abbiano lo stesso carattere specifico: ma infine se non si tratta sempre di perdere il possesso, o se ne modifica la fruizione, o si minaccia nella sua estensione o nella sua durata. Di questa classe sono il *danno temuto* (*damnum infectum*) e la *denuncia della nuova opera*.

Un mutamento, degnissimo di nota, è avvenuto di recente nella collocazione metodica di codeste due azioni, le quali poste nel Codice albertino sotto la rubrica *dei delitti* o *quasi-delitti*, ora è passato a quella *del possesso*. Il mutamento addita un nuovo modo e più logico di concepirne le relazioni coi principii del diritto. Non altrimenti furono intese dalla sapiente antichità: l'avere disgiunti quei fatti dalla loro famiglia naturale per rassegnarli a quell'ordine di fatti nocivi che, non avendo speciali caratteristiche, si enunciano sotto una determinazione generale, accusa l'imperfetta nozione ch'ebbero di questi rimedii i precedenti legislatori. Essi hanno pertanto un carattere determinato, onde si coordinano ad un sistema di cui fan parte, e attraverso i secoli mantengono la impronta incancellabile della loro natura.

L'idea specialmente della *novi operis nunciatio*, interdetto con tanta cura sistemato nel diritto romano, si era confusa; valenti giureconsulti francesi più non sapevano trovarvi l'indole possessoria che lo distinse nell'epoca classica, riconosciuta dalle leggi anteriori, dappoichè nè il Codice civile, nè la procedura ne facevan menzione, onde si credè ad una deroga. Così pensava con altri il CARRÉ, nel Trattato *De l'organisation et de la compétence*; la opposizione contro la *novità* da altri arbitrata sarebbe stata materia di un incidente, di un giudizio di merito, nel quale il giudice avrebbe potuto prendere dei provvedimenti (CARRÉ, Trattato sudd., t. III, p. 310 e seg.). È giusto il ricordare che MERLIN ed HENRION DE PENSEY restarono fedeli ai veri principii. Il TROPLONG (*De la prescription*, n° 313 e segg.) ha censurato quegli scrittori, ed ha sostenuto che una tale azione *non è essenzialmente possessoria*, potendo anche partire da un diritto di proprietà. Mi rimetto ai luoghi citati onde vedervi le ragioni svolte dall'illustre autore. Il dire che questa azione *ha un'indole possessoria* non equivale al dire ch'essa *è essenzialmente possessoria*. Bene osservò il non meno illustre PISANELLI nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 1, p. 1, pag. 253, ch'essa è più che altro *una misura straordinaria che può appoggiarsi indistintamente alle ragioni di possesso e a quelle di proprietà*. E noi stessi abbiamo detto in qualche altra nota che del non essere questa un'azione propriamente possessoria tien conto la legge nostra colla separazione dei numeri 2 e 3 del presente articolo. Ma qui potrebbe insinuarsi un grave e pericoloso equivoco. E sarebbe se alcuno credesse potersi avanti il pretore formare una questione di titoli e di proprietà. Qualunque sia la causa del possedere, l'*attualità del possesso è sempre la base dell'azione*: una base di fatto. Nessuno deve innovare sul mio possesso, onde al possessore è dato il rimedio sì dell'inibire l'opera futura, sì del ristaurare il guasto che provenne dalla passata opera, purchè l'opera stessa non sia già condotta a compimento. Che è mai la conclusione del TROPLONG? Quella che vide anche l'HUBERUS, potersi *quoque petitorie agere*. Ma se, abbandonata la via possessoria, si agisca in petitorio per trattarvi una questione di proprietà, *actum est de prætore*, al nostro pretore,

pusillo nella sua giurisdizione a differenza dell'antico, più non appartiene una tale questione.

Intorno al procedimento veggansi gli articoli 938 e seg.

Articolo 83.

I pretori pronunziano in grado d'appello sulle sentenze dei conciliatori nei casi degli articoli 456, 458 e 459.

Annotazioni.

Alla questione di *competenza* è limitata l'appellabilità dalle decisioni del conciliatore.

Articolo 84.

I tribunali civili conoscono

1° In prima istanza, di tutte le cause in materia civile, il cui valore eccede lire millecinquecento, salvo le disposizioni degli articoli 71 primo capoverso, e 82, e di tutte le cause in materia di imposte dirette o indirette, qualunque ne sia il valore;

2° In grado di appello, di tutte le cause in materia civile decise in prima istanza dai pretori, o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori e salvo il disposto dell'articolo 28.

Conoscono pure, con la distinzione indicata nei due numeri precedenti, delle cause in materia commerciale, quando fanno le veci di tribunali di commercio.

Articolo 85.

La competenza dei tribunali di commercio è regolata dal codice di commercio e dalle leggi relative.

Essi giudicano

1° In prima istanza, di tutte le cause in materia commerciale, il cui valore ecceda lire millecinquecento;

2° In grado di appello, di tutte le cause in materia commerciale decise in prima istanza dai pretori, o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori, e salvo il disposto dell'articolo 28.

Articolo 86.

La competenza dei consoli e dei tribunali consolari istituiti fuori del regno secondo le norme del diritto internazionale è regolata da leggi speciali.

I casi e i termini per proporre appello contro le sentenze dei tribunali suddetti, e le corti del regno che dovranno conoscerne, sono determinati dalle leggi medesime.

Articolo 87.

Le corti di appello conoscono di tutte le cause giudicate in prima istanza dai tribunali civili e dai tribunali di commercio, o dagli arbitri nei limiti della competenza di essi tribunali, e salvo il disposto dell'articolo 28.

Articolo 88.

La corte di cassazione conosce dei ricorsi per annullamento delle sentenze, a norma dell'articolo 517.

Articolo 89.

Ogni autorità giudiziaria esercita inoltre quelle attribuzioni che le sono affidate dalla legge.

Digitized by Google

SEZIONE II.

Della competenza per territorio.

Articolo 90.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

Se il convenuto non abbia domicilio o residenza conosciuta, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui esso dimora.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione, o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società.

Annotazioni.

1. La divisione del territorio giudiziario ha per punto di partenza l'interesse delle parti giudicabili; che con altre parole si traduce nella più facile, più completa e meno dispendiosa amministrazione della giustizia. Questo è lo scopo generale della *competenza per territorio*. Ma egli è un concetto complesso che ha i suoi fondamenti nell'analisi del *soggetto* e dell'*oggetto* della lite. Il *soggetto* è la persona; ed è sempre la idea dominante, perchè ad essa e per essa esiste il diritto. Nello stato sociale ordinato e permanente, la persona ha intorno a sè una sfera di attinenze locali, quasi espressione della sua stessa personalità. Ciò dicesi specialmente del domicilio. Questa medesima posizione stabilisce una relazione particolare tra l'individuo e quei magistrati del cui imperio egli sente più direttamente e immediatamente il freno; e che in un mutuo rapporto di bene ordinato governo, e in un certo aspetto, forma uno dei diritti più preziosi del cittadino. Alludendo al magistrato del domicilio, lo Statuto lo chiama il *giudice naturale*, quasi eletto da ognuno colla scelta del luogo di sua permanenza. La legge giudiziaria si fissa adunque sovratutto in siffatta relazione costituita in un principio fondamentale a lei superiore. Da ciò la direzione della lite, *actor sequitur forum rei:* semplice e profondo ditterio: dogma assoluto nell'*azione personale*. Ma nelle *azioni reali* ove il *soggetto* si presenta come occasionale, ove l'*oggetto* (*res*) è principale e finale, si dovrebbe tenere altra norma? Il principio del *forum rei*, che domina l'azione personale, non avendo più la sua applicazione precisa, potrebbe in questo caso modificarsi in servigio della migliore amministrazione della giustizia. E così avviene nell'*azione reale immobiliare;* il giudice che vi siede più presso è in grado di decider meglio la questione, o le parti stesse sono meglio o ispirate o informate in quella disputazione sul luogo in cui giace l'oggetto della lite (art. 93). L'*azione reale mobiliare* è pareggiata alla personale pura, o perchè i mobili si fingano aderenti alla persona, o perchè non hanno luogo certo, o perchè, astrattamente parlando, solamente per la forza attraente del suolo l'immobile determini a se stesso la giurisdizione, la quale forza di attrazione alla natura del mobile non compete.

2. Giova recare nella legge giudiziaria un linguaggio esatto sulla distinzione delle azioni per potersi intender bene, onde nella vastità dei fatti che comprendono non nasca confusione; e non perchè, come or ora si avvertirà, la legge si ordini sulle loro categorie come sullo scacchiere. Perciò, grazie a Dio, esularono *ab aula* le azioni *miste*. È noto come nel regolamento organico francese, così bene commentato dal Carré, e nell'art. 59 del loro Codice di procedura, si mettessero avanti le *azioni miste*, abbandonando la loro definizione alle scompigliate discussioni dei giuristi. Ciò che faceva imbroglio, come non pochi notavano, era la tradizione romana, male intesa e malo interpretata; era la dottrina della scuola intorno al § 20, Instit. de action.; era anche il mettere a fascio le *azioni miste* colle personali, *in rem scriptæ*, intorno alle quali il Poncet, nel suo bel Trattato *Des actions* (e specialmente tit. II, cap. 10), ha fatto delle osservazioni memorabili. Perchè questa nota non manchi di ciò che è elementare, diremo che la nostra opinione è quella del Poncet intorno alle azioni miste, cioè esser quelle nello quali *l'elemento personale* (l'obbligazione) *e l'elemento*

reale (la cosa domandata) *si confondono in guisa, che neppure con una astrazione del concetto mentale è possibile separarli.* I Romani che furono acutissimi nell'anatomizzare, per così esprimermi, gli elementi del diritto privato, avevano, nel citato § *de actionibus*, raccolte le combinazioni giuridiche che costituivano le azioni miste (quelle che CUJACCIO appellò la *superba quadriga*), e che non potevano in veruna guisa generalizzarsi. Per altro la divisione più netta delle *azioni personali e mobiliari, eziandio reali*, da una parte; e delle *reali-immobiliari* dall'altra, pare si facesse strada negli istituti francesi per la Legge 11 aprile 1838, come si ritenne nel Belgio con quella del 25 maggio 1841. Il Codice di procedura piemontese del 1854 nelle sue locuzioni di azioni *puramente* personali, di azioni *puramente* reali-immobiliari, fu poco felice, facendo pensare in che tale *purità* dovesse consistere; ma ciò era in qualche modo necessario, perchè anche quel Codice adottò, senza spiegarla, la confusa nozione delle *azioni miste*. Il Codice del 1859 soppresse l'aggiunto: ed ora può dirsi che questa parte della legislazione giudiziaria è sistemata con semplicità, esattezza, e insieme con una certa ampiezza che molto conferisce alla comodità dei giudizi.

3. Siccome *il possesso della cosa mobile vale titolo*, si opina dai più che non si eserciti mai azione reale mobiliare che *sotto forma di rivendicazione*. Intorno al determinare la natura dell'oggetto mobiliare, la legge ha dettato le sue decisioni nel lib. II, tit. 1, cap. 1 e 2 del Codice civile.

4. *Questione sull'*azione *che concerne una universalità di mobili.* Il silenzio della nostra legge, che nella ipotesi inversa si sarebbe certamente spiegata, ci fa ritenere l'opinione di MERLIN, essere il caso contenuto nel concetto dell'azione reale mobiliare (*Répertoire*, v° *Complainte*), malgrado piacesse al PONCET dire che un *quid immobile* vi si riscontri, specialmente quando formi l'*ens hæreditarium*, pensiero che fu di molti altri giuristi anteriori. In effetto un aggregato di mobili, o la somma di enti della stessa natura, non può formarne *uno dissimile* nel complesso; lasciando stare la difficoltà grande, che pure deve aver influito nella mente del legislatore, di promuovere tanti giudizi quanti sono i luoghi in cui forse i mobili giacciono dispersi, o l'altra di provare che siano raccolti in un luogo solo.

5. Quanto riguarda l'ultima parte dell'articolo, mi rimetto alle annotazioni del successivo articolo 96.

Articolo 91.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria.

Nelle materie commerciali possono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria.

Annotazioni.

La seconda parte dell'articolo si occupa della competenza territoriale in *materia commerciale*, che per l'interesse del commercio è resa più agevole all'attore, pronunciando una regola applicabile ognorachè si tratti di *azione personale* e di *azione reale mobiliare*. Regola generale, non deve discendere alle specialità, e non è in questa sede che si dovea parlare della forma della competenza nel *fallimento*. E però se ne deduce che quando dal fallimento, o in occasione di esso, verranno emergendo *azioni personali* o *reali mobiliari*, che non tengano qualità commerciale, reggerà sempre questa regola, lasciando alla scienza, ovvero alle particolari disposizioni del Codice di commercio, il determinare a quale delle due giurisdizioni il fatto appartenga. Su questo tema disse il PARDESSUS che, in materia di fallimenti e in molti casi, « il tribunale (di commercio) decide sopra dei punti d'esecuzione che per diritto comune dovrebbero conoscersi dai tribunali civili. La ragione di ciò si è che *il fallimento non è un oggetto semplice come qualunque contestazione ordinaria*. Un fallimento è un complesso di operazioni; è piuttosto un'amministrazione che un processo; la natura delle cose impone di abbandonare dei principii la di cui stretta esecuzione sarebbe pericolosa, poichè si tratta di differente posizione » (DALLOZ, *Dei fallimenti*, 1ª traduzione italiana). Di-

pende adunque dal sapere se l'azione di cui si tratta sia commercialmente involta nel fallimento, o mantenga a fronte di essa un carattere civile.

a) Nel processo della *verificazione dei crediti* possono sollevarsi contestazioni di natura civile (e queste sono quando il credito è civile), e in tal caso il giudice delegato alla verificazione *rimette le parti davanti al pretore o tribunale del luogo in cui è istituito il giudizio di fallimento* (art. 608 del Codice di commercio). Ciò avviene in relazione a quel prescritto che il giudizio di fallimento si apre, o si è già aperto, avanti il tribunale di commercio del luogo *in cui il fallito ha il suo principale stabilimento:* ed a quello, che si considera il tribunale del suo domicilio, si portano eziandio le contestazioni dei crediti civili (al pretore o al tribunale, secondo l'importare della somma). *La parte più diligente* cita ivi *il sindaco e il creditore* interessato (art. 610 del Codice di commercio), esercitando una vera azione personale-civile.

b) In generale le questioni civili, in quanto hanno una esistenza propria, senza attinenze o radici nella causa commerciale, ad esempio, di registro, di dogane, ecc., sono portate al civile.

c) Spesso si disputa nei giudizi di fallimento sul valore degli atti fatti in prossimità; è uno stato di cose, in cui o la frode esiste, o volontieri se ne dubita. A qual tribunale si portano siffatte questioni? Ecco la dottrina del DALLOZ. « Ma quando è il fallimento, cioè il sindaco del fallimento, che si costituisce attore *contro un terzo*, attaccando, per es., degli atti od operazioni del fallito come aventi un carattere fraudolento, può egli, sotto pretesto di economia e di centralità, *citare questo terzo davanti il tribunale del luogo dell'apertura del fallimento?* Noi..... abbiamo proposta questa distinzione: *o si tratta di atti ed operazioni anteriori ai dieci giorni che precedono il fallimento*, e siccome sono presunti sinceri sino a prova in contrario, i terzi non devono soffrire per il fatto (l'apertura del fallimento) che gli è estraneo, e non devono per conseguenza essere distratti dai loro giudici naturali; *o questi atti e operazioni sono posteriori ai dieci giorni*, e siccome sono portati dalla legge sotto una presunzione legale di frode, i terzi non hanno più diritto alcuno allo stesso favore, tanto più che la domanda fatta contro di essi, se sono creditori, può essere considerata come una specie di azione per collusione che si porta avanti il luogo dell'apertura » (*Dei fallimenti*, cap. I, sez. 11). Questa medesima dottrina è insegnata dal CARRÉ nel *Trattato della competenza*, t. III, p. 419.

d) *L'opposizione al concordato* può anche suscitare delle questioni civili, intorno a che *V.* l'art. 624 del Codice di commercio.

Articolo 92.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili, quando sia convenuta una delle amministrazioni dello Stato, deve sempre proporsi, salvo il disposto dell'articolo 95, davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu contratta, o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione.

Nelle controversie relative alle imposte dirette o indirette, l'azione, anche quando l'amministrazione dello Stato sia attrice, deve essere proposta davanti il tribunale nella cui giurisdizione è l'uffizio che deve riscuotere, o che ha riscosso l'imposta.

Articolo 93.

Le azioni reali su beni immobili, e quelle indicate nell'articolo 82, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo, ove è posto l'immobile, o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile.

Quando l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, l'azione è promossa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui sia posta una parte qualunque e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

Annotazioni.

1. Le dispute che si offrivano ai giuristi nel qualificare quel *medium genus*, che si chiamava azione mista, mantengono lo stesso interesse ove si tratti di stabilire la differenza fra

le *azioni personali* che hanno relazione ad un immobile, in quanto abbiano causa in una contrattazione che ad un immobile si riferisca, o più specialmente ancora, quando si tratti di azioni che tengano all'indole immobiliare, e si prefiggano in uno scopo più o meno lontano l'acquisto di un immobile, o la realizzazione di un credito che non può effettuarsi che col possesso o colla vendita di un immobile. C'è insomma della difficoltà, in qualche caso, a determinare se l'azione sia personale o reale immobiliare. Diamo qualche esempio in forma di

2. **Questioni.** — *a) Se il venditore di un immobile che ha stipulato il patto di ricupera* (riscatto convenzionale), *esercita il suo diritto contro il compratore.* (L'art. 1449 del Codice civile addita simili stipulazioni nella formola di *condizione risolutiva.*) Quantunque l'attore non faccia in ultima analisi che rivendicare la sua proprietà, io ritengo buona e fondata la dottrina che propugna la *personalità dell'azione;* essendochè il contratto è la causa del diritto, e l'oggetto immediato di essa è la esecuzione del patto (PONCET, *Traité des actions*, tit. II, chap. 10, sect. 1, n° 119; CARRÉ, *De la compétence*, t. III, n° 369).

b) Se il venditore dirige la sua azione contro il terzo possessore del fondo. Qui non posso seguire la opinione di quegl'illustri che giudicano mantenersi personale l'azione per questa ragione che il terzo non acquistò perfetto dominio, ma condizionato e sottoposto al vincolo risolutivo, atteso il principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (PONCET-CARRÉ, ivi). Ma non è così di tutte le rivendicazioni che si esercitano in confronto di terzi acquirenti? Essi non poterono acquistare stabilmente il dominio perchè il loro cedente non potè in essi trasferire sicuri, certi, perfetti diritti di proprietà; ma lo acquistarono nonostante, e lo ritengono a fronte dell'attacco, benchè sotto il pericolo più o meno urgente di evizione. TROPLONG e PISANELLI l'appellarono un'azione mista. Ora bisogna decidersi perchè le azioni miste non le abbiamo. Io non esito in questo caso a chiamarla, con POTHIER, *azione reale*, malgrado fosse provata nell'acquirente la scienza del vincolo.

c) L'azione per nullità di un contratto di vendita di beni immobili è personale o reale? Rispetto al terzo compulsato per la restituzione del fondo, dovrà dirsi reale, rimosse le tante controversie che fanno gli autori.

3. Non vi è alcuna difficoltà, io l'ho già detto, nell'ammettere che un'azione qualificata personale mentre si agita contro l'obbligato, si converta in reale allorchè si dirige contro il terzo. È anzi fra le più semplici e ordinarie evoluzioni del diritto giudiziario.

4. Similmente un'azione di rescissione per causa di lesione che, secondo DALLOZ, è della famiglia delle personali *in rem scriptæ*, in confronto del terzo diventa reale. La dottrina giuridica ha bisogno di semplificarsi colla legge e concentrare in grandi obbiettive, se la frase è esatta, le idee intermedie.

5. Se il bene immobiliare è presso il terzo, cioè presso colui che non è stretto da vincolo obbligatorio colla persona, non può concepirsi, secondo la nostra legislazione, che l'*azione reale.* Ciò sia detto in massima. Prego di avvertire le modificazioni che tali regole ricevono in vista di un maggiore interesse d'ordine che la legge contempla, non dominata, come già si osservò, da spirito sistematico; laonde azioni personali s'instaurano fuori del domicilio dell'attore, ed azioni reali non seguono la cosa, determinandosi la competenza da ragioni proprie di quella tale combinazione giuridica. Ne porge esempio il seguente articolo 94.

6. Azzardo questo teorema: *che abolite le azioni miste* (per le quali era data facoltà di citare o al domicilio del convenuto, o dove l'immobile esiste (art. 25 del Codice di procedura del 1854, francese, art. 59), *oggidì quelle che erano miste, sono divenute personali*: e lo sono divenute, fate avvertenza, a profitto della giustizia. L'elemento personale dell'azione mista emerge; il convenuto che ha *una obbligazione personale* (causa prossima) da discutere, prima di vedersi portata via la cosa (causa meno prossima o consequenziale), è chiamato avanti *ai suoi giudici naturali*, vero rispetto della sua civile personalità. L'azione di pegno diretto, l'azione anticretica, volgono all'ultimo scopo di riavere la *res* consegnata al creditore, ma preesiste il giudizio personale, e l'azione è personale. Se si domanda al debitore l'assegnazione di un immobile per sottoporlo ad ipoteca, partendo dalla obbligazione, l'azione è personale. Ma è veramente *reale* l'azione di *cancellazione d'ipoteca*, se sia fondata nella nullità della iscrizione, e non sull'obbligo assunto di cancellarla (CARRÉ, *De l'organisat.*, etc., t. III, n° 353).

Articolo 94.

Si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione

1° Le azioni in petizione o divisione dell'eredità, e qualunque altra tra coeredi sino alla divisione;

2° Le azioni in rescissione della divisione già fatta, o in garantia delle quote assegnate, purchè proposte entro un biennio dalla divisione;

3° Le azioni contro l'esecutore testamentario, purchè proposte prima della divisione, e, se la divisione non sia necessaria, entro un biennio dall'aperta successione;

4° Le azioni dei legatari e dei creditori della eredità che non esercitano diritto reale sopra un immobile, se siano proposte nei termini indicati nel numero precedente.

Quando la successione siasi aperta fuori del regno si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, e, in difetto, davanti quella del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

Annotazioni.

1. *Unità di giudizio* in un soggetto così complesso può concepirsi in tante forme, come le materie che riguardano i diritti di successione e le controversie che vi hanno rapporto: questa economia è una bella tradizione del diritto romano (Leg. 1 Dig. de quibus rebus ad eund. jud.). Ma il luogo dove aprire il giudizio era così designato: *ubi domicilium habet qui convenitur; vel si (ibi) ubi res hæreditariæ sitæ sunt, degit, hæreditatis erit controversia terminanda* (Leg. un., Cod. ubi de hæredit. agatur.

2. Io credo che questo scopo unitario abbia determinato, *utilitatis gratia*, la competenza *sui generis*, che qui troviamo prescritta: *vera limitazione*, al principio *actor sequitur forum rei*. Io adotto questa spiegazione semplice, senza curare le altre dateci dai proceduristi, e specialmente dal Boncenne. Le varie questioni previste nell'articolo potrebbero tutte svilupparsi da una successione: a qual pro disperderle in dieci giurisdizioni diverse?

3. L'art. 923 del Codice civile dichiara: « la successione si apre al momento della morte, *nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto* ». Il luogo adunque, al cui magistrato devono tutti quei giudizi recarsi da punti forse distanti, e dai molteplici interessati, è quello dell'ultimo *domicilio del defunto:* e dove fosse, è una questione che appartiene in parte alla teorica del domicilio (Cod. civ., art. 16 e seg.). Dico in parte, perchè ci occorre domandare se la *residenza* del defunto abbia in questo caso col domicilio quella relazione di priorità che nell'art. 139 del Codice di procedura civile è stanziata, e ordinariamente viene ritenuta nel Codice. La *residenza*, come noi seguitiamo a chiamare, alla francese, il luogo di abitazione ordinaria di un individuo, quello in cui la comunicazione coll'individuo è più facile e diretta, non ha in ordine ad una successione quel significato che ha in ordine alla notificazione di un atto. Giustamente si è preferito e dato ad unica scorta il domicilio, *il luogo in cui la persona ha la sede dei proprii affari ed interessi* (art. 16 del Codice civile). Ed ivi si reputa essere il maggior nucleo, la maggior forza della eredità. L'*ultima residenza*, l'*ultima dimora* del defunto sarebbe un controsenso, se si applica più presto alla relazione di persona, e ne suppone la esistenza.

4. Questioni. — *a) Ove dovrà istituirsi il giudizio se l'ultimo domicilio del defunto non è conosciuto?* Ponendo mente a tale questione, l'illustre Pisanelli pensò che, non essendo conosciuto il domicilio, si dovesse seguire la norma della notificazione degli atti, dirigendosi al luogo dell'ultima residenza, e in sussidio a quello dell'ultima dimora, ossia quello in cui cessò di vivere (*Comm. del Codice sardo, Tratt. della competenza*, vol. 1, p. 1, n° 414). Io mi discosto con pena dalle opinioni di un giureconsulto che tanto ammiro. Tuttavia la convinzione mi sforza a dire che ciò non può essere. Primieramente noto che la legge pone a regola fissa il *domicilio* (*V.* il detto articolo 923), e non tien conto delle gradazioni di residenza e di dimora, come fa in tutti gli altri casi. Trattandosi di una eredità, di una sostanza, di un complesso di beni, il *concetto del domicilio di chi possedeva tutte queste cose* può sempre apparire, non essendo possibile (e se non fosse ciò, la disposizione sarebbe illusoria) che in un punto del territorio non esista un cumulo che possa dirsi il maggiore di tali beni, siano pure composti di rendite civili e di diritti incorporali. Non richiedendosi al

concetto del domicilio una materiale stanza, ben poteva l'uomo abitare altrove: del resto *se la sostanza esiste fuori del regno*, ciò è particolarmente regolato dall'ultima parte dell'articolo, di cui veniamo a parlare più avanti.

b) Le azioni personali o reali della eredità che si esercitano contro terzi sono forse regolate da questo articolo? La sua efficacia è circoscritta ai compartecipi della eredità, fra i quali non si annoverano punto i debitori che sono in una situazione avversativa colla eredità.

c) Mo i creditori della eredità si reputono terzi? Non hanno essi un interesse che li collega in certo modo al destino di quella? Ma il punto di vista non è questo, riteniamolo: i compartecipi della eredità sono inviati alla stessa competenza, non perchè cointeressati e compartecipi (coeredi e legatarii), *ma perchè si è trovato utile al buon effetto di simili giudizi* il darvi una direzione concentrica; i giudizi che si agitano intorno ad una eredità non si vogliono dispersi, come si notò di sopra, in frazioni, avanti giurisdizioni disparate e diverse, con pericolo ancora di opposte sentenze. Quindi il n° 3 trae a questa competenza coi legatarii *eziandio i creditori personali* della eredità. Chiaro è però che i creditori che *esercitano diritti reali* non possono, nè debbono soggiacere a questa legge: mentre non è la persona *hæreditas*, ch'essi perseguono, ma obbiettivamente la *res*, che loro è dovuta.

d) Le azioni della divisione ereditaria (familiæ erciscundæ) ed altre che vi hanno rapporto, sono pur esse istituite avanti il tribunale dell'aperta successione?

Precedenti storici. — Vi fu ragione di dubitare, e tale da sfidare la pazienza dei commentatori e dei magistrati, finchè rimase in vita il famoso articolo 1044 del Codice Albertino, esagerazione dell'art. 822 del Codice francese. Come quest'ultimo, esso iniziò una lotta colla disposizione di procedura, una delle più ribelli antinomie che si siano mai viste. L'art. 18 del Codice di procedura del 1854, indi l'art. 22 del Codice del 1859 statuivano che *avanti al tribunale del luogo dell'aperta successione* dovrebbero istituirsi *le azioni fra coeredi sino alla divisione inclusivamente*; se non che il primo, memore dell'art. 1044 che stava dietro di lui, lo richiamò e pretese di andar d'accordo. Come andasse d'accordo può farsene un giusto concetto chiunque legga le ingegnose pagine del PISANELLI (*Commentario del Codice sardo del* 1854, *Trattato della competenza*, pag. 454 e seg.). In effetto il Codice di procedura escludeva da quella competenza i giudizi di divisione, eziandio fra coeredi, laddove il Codice civile li ammetteva. Nel Codice di procedura del 1859 si cessò dal richiamare l'art. 1044 del Codice civile; e le due disposizioni furono, per così dire, abbandonate a se stesse. Che ha fatto l'articolo nostro? *Ha distinto le azioni in divisione della eredità, dalla stessa divisione*, che pure ha messo fuori da questa competenza. Si è fatto di più. La disposizione che era il soggetto dell'art. 1044 del Codice albertino, e che trovavasi per vero in sede non sua, è stata sapientemente soppressa. In questo stato della legislazione riesce agevole la

Soluzione. — Al tribunale del luogo dell'aperta successione *si recano le azioni che riguardano il diritto della divisione e le controversie che nascono da questo diritto;* ma il giudizio di divisione, separazione ed assegnamento di quote, che ne vengono di conseguenza, è regolato dalla legge comune della competenza. Non è, a parlar propriamente, che un giudizio esecutivo.

Di fatti altro è l'*azione in divisione*, altro è la *divisione*, ossia gli atti e i giudizi che la mandano ad effetto, le stime, le operazioni di liquidazione e di conguaglio, le aggiudicazioni, e via discorrendo. L'azione che qui si chiama *in divisione* è l'*actio familiæ erciscundæ*, che ha per oggetto precipuo la *divisione* (il gius), *ed accessoriamente anche l'adempimento di personali obbligazioni che nacquero dalla eredità* (framm. 44, § 3, framm. 49, in fine, Dig. famil. ercisc.).

Tuttavia le azioni *in rescissione della divisione già fatta*, o *in garantia delle quote assegnate*, rientrano nel giudizio ereditario, interessando tutta la successione.

c) Ma i terzi, i creditori, che impugnano una divisione, porterebbero avanti quel tribunale la loro azione? Sì; semprechè la causa dell'azione si riferisse o al loro diritto d'intervenire nella divisione, o al pregiudizio che ne hanno risentito (TOULLIER, tom. I, n° 412; DURANTON, t. IV, n. 509 e 510).

5. Le azioni *reali-immobiliari* sfuggono a questa competenza.

6. È da notare la ingiunzione di un determinato termine, il *biennio*, che si ripete nelle successive determinazioni di questo lungo articolo. Col tempo si viene sciogliendo il vincolo unitario che consigliava la concentrazione del giudizio: nuovi rapporti si formano, e la legge generale riprende il suo corso.

Articolo 95.

Nel caso di elezione di domicilio, a norma dell'articolo 19 del Codice civile, l'azione si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio.

Annotazioni.

1. Questo articolo contiene una disposizione generale, ovvero, giacendo, per un nuovo ordine del legislatore, tra la legge che prescrive la competenza delle azioni successorie, e quella che regola l'azione *pro socio*, è una disposizione speciale, aderente ed affissa alla prima? Io mi faccio questo dubbio, che non poco mi tormenta. Ho veduto questa medesima disposizione cangiar di posto; e una ragione vi deve essere. Nel precedente Codice un simile disposto (art. 25) era collocato subito dopo le leggi regolatrici dell'azione sociale, a una tale distanza, e con tali interpolazioni dalla legge sulle azioni successorie (art. 23), che con essa non poteva avere attinenza se non generale. Ed ora è portato qui; e sembra avere lo scopo di limitare espressamente il dettato dell'articolo 94. Inteso questo articolo con espresso riferimento a quello che lo precede, sotto la formola *l'azione si può proporre*, ecc., il susseguente, che concerne l'azione tra socii, rimane affatto fuori della sua disposizione, e ne seguirà che l'azione tra socii, come pure quella *per rendimento di conti* che viene appresso, dovranno in ogni caso proporsi avanti i tribunali designati dalle leggi, e inutilmente le parti si provvederebbero nel loro accordo di un domicilio convenzionale. Ma sarebbe questo possibile? perchè il luogo del domicilio eletto dovrà prevalere a quello che l'art. 94 stabilisce in un sentito interesse di economia e d'ordine giudiziario, in un ben pensato intendimento di ravvicinare tutte le parti contendenti sopra una comune eredità nel luogo in cui la principale sostanza si raccoglie, e non avrà efficacia di sorta, e sarà come non eletto il domicilio in una questione sociale, eminentemente personale, e dove di ogni cosa è regolatore supremo il fatto e la volontà delle parti? Io non so farmene ragione. Eppure è così; vedranno i pratici, ed io sarò profeta, che la trasposizione o giacitura di questo articolo produrrà delle gravi questioni.

Vorrei prevenirle, un poco ragionando. A prescindere per un momento dal presente articolo 95, due altri ne abbiamo sullo stesso subbietto nel Codice, la cui generalità non è contestabile; sono gli articoli 40 e 140. Una tendenza, per me lodevole, di estendere questa libertà sulle circoscrizioni legali, si vede dominare nel nuovo Codice; talchè non saprei vedere perchè non dovessero ritenervisi, compresi i giudizi relativi alle società; e se ci fosse un dubbio, il dubbio io lo avrei per le azioni successorie. La conseguenza che io ne deduco è un po' ardita, e professo che non intendo fare una censura; ma, se io non m'inganno a partito, l'articolo 95 è messo qui come un imbarazzo, gettando la incertezza dove non dovrebb'essere; e non serve che a indebolire la portata generale degli altri due sopraindicati. Che risolvero intanto? *Che tutte quante le norme di competenza esposte in questo capitolo sono contenute nella teoria del domicilio d'elezione*, ossia sono modificabili da esso e dalla volontà delle parti.

2. Se non che due cose bisogna aver presenti: 1° che il domicilio convenzionale non obbliga l'attore, ma obbliga invece l'altra parte che accettò questa legge; 2° che ove non tutti quelli che devono citarsi abbiano eletto il loro domicilio, per ragione di connessità, si dovrà portare il piato alla giurisdizione legale.

Articolo 96.

L'azione tra soci si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento della società.

Si propongono davanti la stessa autorità giudiziaria le azioni tra soci, anche dopo lo scioglimento e la liquidazione della società, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano, purchè proposte entro un biennio dalla divisione.

Annotazioni.

1. Ora avvertirò la differenza fra l'art. 90, parte terza, ed il presente. In quello si regolava *l'azione personale e l'azione mobiliare contro una società*; in questo si regola *l'azione*

fra i socii; ed è chiaro che la prima concerne i diritti dei terzi, e *non punto i diritti della società contro i terzi* che seguono le leggi comuni della competenza territoriale (THOMINE, t. I, p. 149). Però nell'uno e nell'altro caso una ragione, che può dirsi identica, determina la competenza ov'è la *sede dell'amministrazione, e il principale* o *uno dei principali stabilimenti della società*. Può la prima chiamarsi un'azione *esterna*, che si dirige *contro l'ente morale e per sè sussistente*, la società; la seconda, che diremo *interna*, agita la lite fra gli stessi componenti della società. Nondimeno è giusto e generalmente ritenuto in ogni procedura che essa abbia a trattarsi con un indirizzo collettivo, e nel luogo dove sono più sotto la mano i documenti e più, a così dire, palpitanti i fatti sociali.

2. Il *principale stabilimento* si caratterizza quasi sempre dalla sede stessa dell'amministrazione, posto che i socii non abbiano stabilito altrimenti. Una società può avere più case distinte, dirette da distinti socii o gerenti: il giudizio può essere bene introdotto in ognuno di quei luoghi (DALLOZ, *Compétence des Tribunaux d'arrêt*, n° 111). Del resto le condizioni di rispettiva importanza dei varii stabilimenti saranno apprezzate al largo, non troppo sottilmente, ma con riguardo piuttosto alla qualità, gravità ed estensione della controversia; si terrà specialmente conto della rappresentanza sociale che esista in quel dato luogo: In Francia si è deciso che le compagnie di assicurazione, le quali abbiano delle succursali ove sono rappresentate da agenti speciali, possono esser citate avanti il tribunale del luogo di queste succursali per le controversie che sorgono in occasione di obblighi contratti per mezzo dei detti agenti (Cassazione, 30 dicembre 1846; 26 novembre 1849; 17 febbraio 1851). Si è giudicato d'altra parte che una società di assicurazioni mutue, che, indipendentemente dal luogo ove la società è stabilita, ha una sede in ciascun distretto, ov'è rappresentata da un direttore, deve citare gli assicurati avanti il tribunale del luogo, ove hanno contratta la loro obbligazione (Cassazione, 18 aprile 1854; Corte di Parigi, 10 maggio 1851; PISANELLI, *Commentario del Codice sardo*, vol. 1, p. 1, pag. 467). Nella svariata forma delle moderne industrie, nelle tante combinazioni di commercii sociali, non è possibile una regola generale.

3. **Questioni.** — *a) Proponendosi da taluno dei socii delle azioni reali mobiliari, la regola della competenza sarà quella fissata in questo articolo, o quella piuttosto ove l'immobile è posto?* Rispondo *affermativamente alla prima parte*, poichè fra le ragioni che determinarono il criterio legislativo per l'una o per l'altra giurisdizione, certo prevale il considerare che il maggiore interesse è quello della società moralmente considerata; oltrechè questa disposizione è generale a tutte le questioni sociali. Quindi scostandomi dalla opinione di molti scrittori francesi, mi unisco al PISANELLI (Opera suddetta, pag. 468).

b) Ma questo pure dovrà dirsi rispetto al terzo che introduce contro la società un'azione reale immobiliare? (art. 90). Si deve risolvere per contrario, ponendosi dal suddetto articolo il limite che non si può passare, ed il limite si è l'*azione personale* o *reale sui beni mobili*. Se rispetto a codeste azioni la società è riputata persona, avente domicilio nel suo principale stabilimento, non può essere, dirimpetto al terzo, sottratta alla disposizione comune stanziata dall'art. 93 per le azioni *reali-immobiliari*. Seguo in ciò la dottrina di BONCENNE, di CARRÉ e CHAUVEAU.

c) Della società in partecipazione. « La società in partecipazione non ha nome, nè ditta, nè firma sociale, nè sede. Essa non è soggetta alle formalità prescritte alle altre società; essa è esente da pubblicità, e si dimostra con tutti i mezzi di prove, anche con quelli per testimonii » (TROPLONG, v° Società, n° 502). A tale società non è applicabile la disposizione dell'articolo.

4. La società, *pei suoi effetti*, s'intende durare anche dopo lo scioglimento, quando trattasi di diritti conseguenti, di operazioni che derivano dalla stessa società, nel cerchio dei reciproci interessi tra i socii: *amplia*, se i liquidatori non fossero socii. *Dopo il biennio* ogni comunanza di vincolo si reputa sciolta, la società è affatto morta, sono come disperse le sue reliquie; chi venne così tardi a far valere i suoi diritti sociali, non può più invocare quei rapporti in ordine alla competenza, fondati nella esistenza reale o virtuale del consorzio medesimo.

Articolo 97.

L'azione per rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata.

Annotazioni.

1. *La legge ravvicina i giudizi a quelle sedi ove la giustizia può esser meglio amministrata;* e in questo saggio intendimento non dubita di venire limitando, ove occorra, il generale principio del domicilio personale. Lo abbiamo già visto superiormente in più casi: eccone un altro. Il giudice del luogo *ove la tutela fu conferita*, o *dove fu esercitata* (s'intende abitualmente), si ritiene o bene informato, o in grado di avere delle buone informazioni; nell'uno e nell'altro luogo possono sorgere testimonii e documenti delle qualità del tutore e della sua condotta; egli potrà meno nascondersi, meno sfuggire a un sindacato rigoroso; i fatti potranno meglio appurarsi. Si è voluto anche rendere indipendente la competenza del rendiconto dall'arbitrio del tutore che, cangiando per avventura domicilio, e trasportandolo forse lontano, può andarsi cercando un altro giudice, e al giudizio del rendiconto migliori e più favorevoli condizioni (Duranton, t. III, p. 463; Toullier, t. II, n° 1114). Si è detto che la tutela ha la sua sede legale nel luogo ove il minore ha il suo domicilio (Pisanelli, *Della competenza*, p. 489): ciò è legalmente vero, ma non è la causa efficiente della disposizione. Si avverta frattanto che il presente articolo offre un'alternativa che è una novità. L'art. 29 del Codice di procedura del 1859 aveva indicato unico competente il giudice del luogo, ove *la tutela era stata conferita;* laddove qualche Codice (Regolamento romano. § 439; Leggi di procedura civile del Regno di Napoli, articolo 610), non voleva altro giudice che *quello del luogo ove fu ritenuta ed esercitata l'amministrazione.* Bene l'articolo nostro riunisce i due sistemi in cui i vantaggi si bilanciano.

2. Coi tutori vengono nel volere della legge i *protutori* e *ogni altro amministratore*, pei quali tutti milita la stessa ragione.

3. **Questione.** — *Che dovrà dirsi del padre che ritenne l'amministrazione dei beni del figlio, e deve renderne conto?* Motivo per me fortissimo di dubitare è la opinione dell'illustre Pisanelli, il quale dice: « Ora noi crediamo *che il padre non possa esser convenuto altrove, pel conto dell'amministrazione, che davanti il giudice del suo domicilio* ». E tre ragioni addnce: 1° ch'esso non amministra i beni del figlio come tutore, ma in virtù della patria podestà; 2° ch'egli non presta il giuramento; 3° finchè il padre tiene la patria podestà, non c'è consiglio di famiglia (*Commentario del Codice sardo*, vol. 1, part. I, pag. 490). Pongo innanzi una ragione generale tratta dalle parole stesse della legge. Il padre *amministra* i beni dei figli, sia pure che tale amministrazione gli appartenga *de jure*, attesa la sua qualità naturale, ma in ogni modo *amministra;* ed anzi del non potere *eccedere i limiti della semplice amministrazione* ne ammonisce l'art. 224 del Codice civile. Ora il nostro articolo comprende letteralmente i *conti di una tutela* o *di un'amministrazione.* (Mi corre obbligo di notare che l'art. 25 del Codice sardo del 1854, del quale si occupava l'autore, anche nella sua costruzione imperfettissimo, non parlava che di *conto del tutore.*) Così è: il padre è un amministratore dei beni avventizi del figlio, e con tutta la risponsabilità di chiunque amministra le cose altrui (Leg. 4 Cod. de bonis quæ liberis). Il giuramento tutorio non è richiesto dal padre, perchè sopra ogni guarentigia primeggia in lui l'amore e l'interesse della propria prole; ma la ponderata e giusta omissione di questa estrinseca forma è tanto meno influente, quanto che non è più necessario di render conto avanti il tribunale che conferì la tutela. E finalmente se, in presenza della persona paterna, il consiglio di famiglia non esiste, è piuttosto argomento favorevole: tanto più essendo utile, in difetto, diremo così, d'ogni controllo, di non lasciare in balìa al padre amministratore di evitare il sindacato di quei tali magistrati che la legge ha stimati più acconcii a siffatti giudizi.

Concludo, anche il padre, in quanto è amministratore, è soggetto a questa competenza.

SEZIONE III.

Della competenza per connessione o continenza di causa.

Articolo 98.

L'azione contro più persone che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti a diverse autorità giudiziarie, può essere proposta davanti

quella del luogo del domicilio o della residenza di alcuna di esse, se vi sia connessione per l'oggetto della domanda, o per il titolo o fatto da cui dipende.

Annotazioni.

1. *Al luogo del domicilio* o *della residenza di alcuna di esse*, non è forse esatto; la regola graduale della notificazione dell'atto di citazione, che è pur quella della competenza, è stabilita nell'art. 139.

2. *Del nuovo metodo del Codice.* Figurandosi il territorio giuridico diviso in tante parti quanti sono i cerchi della competenza, e rappresentandoci nel centro una forza che ne misuri e determini il raggio, questa forza, in cui s'incentra la ragione della competenza, è la *persona: actor sequitur forum rei.* Dalla relazione che la persona ha col territorio è dedotta la competenza locale. Nell'ordine del gius privato è regola somma che si modifica nel punto di vista dell'interesse generale. La cosa, la *res petita*, in casi dichiarati dalla legge (azione reale-immobiliare), determina la competenza locale, *ratione utilitatis* (*V.* le Note ai precedenti articoli). Talvolta la legge prescinde da queste basi, e prendendo di mira l'*oggetto morale* della lite, stabilisce la competenza in quei luoghi ove la soluzione si promette più copiosa di buoni risultamenti per la giustizia (*V.* gli art. 94, 96, 97). Finalmente *lo stesso rapporto* che hanno più controversie tra loro, è una delle basi determinative della competenza, come i nostri migliori proceduristi, quali il PISANELLI e il PESCATORE, insegnarono. Laonde da quattro ragioni diverse muove la legge ordinatrice della competenza locale: 1° dalla persona del reo; 2° dalla situazione della cosa stabile (oggetto reale); 3° da un oggetto morale, in un complesso di vedute speciali a quella data combinazione giuridica; 4° dai rapporti che una controversia ha verso più individui, o che più controversie hanno tra loro. Questo aspetto della competenza territoriale viene enunciato dalla rubrica col nome di *connessione* o *continenza di causa.* Il legislatore ne ha fatto un titolo (sezione) espresso, e lo ha subordinato al *concetto di competenza territoriale*, con ciò mostrando e di averne apprezzata la sostanzialità, mentre negli altri Codici tutto ciò andava confuso colle materie correlative eppure distinte, e di averne comprese le logiche attinenze.

3. L'articolo 98 riguarda la *relazione d'una controversia con più persone:* i seguenti riguardano le relazioni che più controversie hanno tra loro.

4. *L'azione proposta contro più persone*, quantunque qui si supponga ad ogni modo unica (senza di che non era necessario farne una disposizione particolare), l'azione proposta contro più persone, io diceva, può ben essere molteplice, contenere domande distinte o, come sogliam dire invertendo la formola, *capi distinti* di domanda. Due unità intanto indicava la legge, *unità di oggetto, unità di titolo* o *fatto da cui dipende.*

Chi voglia ricorrere (ed io consiglio a farlo) all'opera del PESCATORE (*Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*), troverà nel capitolo VI del titolo IV la più compiuta monografia che fin qui sia stata fatta su questo soggetto, *della continenza di causa.* Io non posso darne che un rapido cenno. Osserva nella connessione della causa tre elementi venire in considerazione, la *persona*, il *titolo*, la *cosa;* ma concorrere in varii modi e combinazioni diverse, imperocchè se concorressero tutti insieme, si avrebbe non *connessione*, ma *identità* (o almeno la teorica sarebbe oziosa per l'evidenza stessa della connessione). Onde rileva *due sommi generi di cause connesse:* il primo dei quali *ha due elementi comuni e un solo diverso;* il secondo, *due elementi diversi e un solo comune.* E ciascuno di codesti generi suddistinguersi in *tre specie*, secondo il portato di quei tre elementi, e il vario modo di combinarsi. La *prima specie* del *primo genere* contenere le stesse persone e lo stesso titolo, ma con diversità nella cosa domandata. (La *riconvenzione* dipendente dal medesimo titolo dell'attore, o anche diverso quando abbia per oggetto la compensazione.) La *seconda specie*, ove la *cosa* e il *titolo* (*eadem quæstio*) sono comuni, e le persone diverse. (Le obbligazioni solidarie egualmente principali; le obbligazioni solidali, una principale e l'altra accessoria; le azioni miste; le azioni di garantia.) La *terza specie*, nella quale concorrendo la *cosa* e le *persone*, si diversifichi il *titolo* o *causa petendi.* Del *secondo genere*, *prima specie* è quella ove sono in giudizio le *stesse persone*, ma diverso è il titolo, diversa la cosa. *Seconda specie*, ove diverse essendo le persone e le cose, identico è soltanto il titolo della domanda. (Obbligazione, ma non solidale, assunta da più individui domiciliati in circondarii diversi verso un solo creditore.) *Terza specie:* diversi i titoli, diverse le persone, tutte però pretendenti alla medesima cosa. Ma come l'illustre autore viene di-

Digitized by Google

chiarando, posto in siffatte proporzioni, il nesso è debole troppo, e non produce generalmente una vera e propria continenza; soltanto in qualche caso il legislatore provvede in vista della ragione superiore dell'interesse della giustizia: uno di questi casi, che meritò una speciale disposizione, è quello delle questioni ereditarie (*V.* art. 94). « Nelle *azioni immobiliari*, sono parole dell'autore, l'interessato può sempre trovare un foro comune a tutti i pretendenti, ricorrendo al foro della situazione della cosa. »

Torniamo al nostro articolo. Alla legge basta che concorra unità di *oggetto* (*res*), ovvero unità di *titolo* o *fatto*, come *causa petendi*. Ma ponendo mente che l'attore chiamando in giudizio *più persone*, egli stesso le riunisce all'*oggetto* o al *titolo* (*causa petendi*), altrimenti la sua domanda non potrebbe sostenersi; *concorrono adunque due degli elementi*, nella cui combinazione la continenza è genericamente e teoricamente stabilita. L'attore può non aver bene valutato questo rapporto, ma ciò sarà merito del giudizio; ed è noto che dal diritto preteso e non dal diritto effettivo prende norma la competenza.

5. *Connessione per l'oggetto* (*della domanda*) esiste forse soltanto *se l'oggetto è individuo?* se un legatario, per es., domanda da più eredi un cavallo a lui legato? se invece il legato consistesse in una somma per se stessa divisibile? L'unità di cui parliamo è *morale*, come *morale* è lo scopo della legge; non moltiplicare i giudizi che possono terminarsi, e che è ragionevole abbiano a terminarsi avanti un solo giudice: l'esatta applicazione, lo credo, della Legge 10 Cod. de jud. *Nulli prorsus audientia præbeatur qui causæ continentiam dividat, ut ex beneficii prerogativa id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices terminetur.*

Articolo 99.

L'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale.

Annotazioni.

1. L'*azione accessoria* si mostra sotto tre aspetti differenti: 1° è la *domanda degli accessorii che si svolgono dalla medesima azione*, rappresentandone l'amplezza, e aumentandone il valore. Tali sono gl'interessi scaduti o da scadere, l'emenda dei danni, conseguenza della vittoria principale, le spese del giudizio; 2° o, più presto che *accessoria*, *la domanda è secondaria*, che discende da una principale, ma pure ha un oggetto distinto e proprio. Tizio domanda la rescissione di un contratto per lo inadempimento dell'altra parte, ed *oltre ciò* la penalità stipulata; o, chiesta una somma per riparazione d'ingiurie, insiste per la palinodia e per la pubblicazione della sentenza nei giornali; 3° finalmente può chiamarsi, e si chiama in effetto *accessoria l'azione che si associa ad un'altra, dalla quale in effetto sgorga e deriva*, rappresentando nella loro composizione e nel loro insieme il gius che si richiede in giudizio; azione per altro si distinta per se stessa, che, separatamente proposta, potrebbe anche statuire una diversa competenza. Avrei bisogno di più parole a chiarire il concetto, ma posso farlo anche meglio con un passaggio del Poncet: « Quand nous disons que la nature de l'action dépend de l'objet qui lui est propre, *c'est de l'action principale* seulement que nous entendons parler; *car si elle n'est que accessoire à une autre*, elle suit la condition de celle-ci, d'après la maxime *accessorium sortitur principalis naturam*. Ainsi l'action hypothécaire est réelle-immobilière par elle-même, mais si elle adhère à une action personnelle... elle suit la sorte de cette action ». Perciò l'azione di rivendita in forza del patto di riscatto essendo principale e cansativa, è giudicata personale, per l'effetto della competenza, eziandio che si domandi la restituzione e consegna del fondo venduto.

2. L'articolo non dispone, nella sua generalità, che intorno all'*azione accessoria* osservata nei due primi punti, benchè nel terzo la connessione sia ancora più intima e quasi viscerale: ma il suo tema appartiene al diritto civile e agli ordini della scienza: sfugge alla legislazione della forma. L'azione accessoria nei primi due aspetti è precisamente *aumentativa*, e può dar luogo a una questione di valore; nel terzo è piuttosto un'evoluzione logica e il complemento dell'azione stessa. Talchè le prime possono altresì formar subbietto di domanda separata, niente ostando che dopo l'aggiudicazione del capitale si possa in altra sede domandar gl'interessi; e allora la domanda sta da sè, non avendo più ragione di accessorio.

Articolo 100.

L'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere, eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore, e salvo quanto è stabilito negli articoli 101 e 102,

1° Dell'azione in garantia;

2° Della compensazione;

3° Dell'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione.

Annotazioni.

1. Mercè il nuovo metodo letterario del Codice di procedura, vediamo posti al luogo che loro appartiene, e nell'enunciato stesso della sezione (*connessione* o *continenza di causa*), in certo modo definiti i tre fatti giuridici che l'articolo contempla; i quali sono vere *azioni*, che si staccano da punti opposti per congiungersi in un solo giudizio *æquitate suadente*. Le tre azioni considerate nell'articolo appartengono oggettivamente al *jus defensionis;* ma differiscono dalle *eccezioni*, poichè l'eccezione nega l'azione, e dicesi ancora *azione repulsiva*, onde il giudice è investito della cognizione della eccezione essenzialmente e per necessità dell'ufficio suo. All'incontro le *azioni in garantia*, la *compensazione* e la *riconvenzione* non si presentano alla cognizione del giudice che sotto forme distinte e sostanziali, hanno d'uopo di speciale domanda, ed emanano da cause giuridiche coerenti bensì alle azioni principali e aventi un carattere omogeneo, ma tuttavia, nel loro modo di esistere, diverse. L'*azione di garantia* differisce dalle altre due in ciò, ch'essa tende a scaricare la risponsabilità del convenuto sopra un terzo, laddove quelle oppugnano per via di diminuzione (compensazione) o di sovrapposizione (riconvenzione) la domanda dell'attore.

2. **Precedenti storici.** Sino a Papiniano, sino cioè all'epoca di Marco Aurelio e di Antonino, furono ignote le riconvenzioni, mentre regnò il sistema formulario, secondo il quale il giudice sentenziando per una formola che gli era prescritta, non poteva aver competenza nella riconvenzione, perchè nella formola non contenuta. Perciò delle proprie azioni, anche appuntate in guisa da conquidere quella dell'attore, non poteva il reo valersi se non in separato giudizio. Le basi del diritto civile erano immortali; ma la sua evoluzione era progressiva, come avviene in ogni civiltà, e si domandava all'*æquitas* ciò che il diritto non concedeva. Papiniano trovò che la *reconventio* (egli però non usò questa parola che pare un trovato di tempi posteriori) poteva ammettersi ognora che contenesse una vera *mutua petitio*, e non constasse di azioni di diversa natura, chè allora alle competenti sedi dovevano portarsi. Ma la *mutua petitio*, secondo la teoria del sommo dei giureconsulti, non era propriamente ed unicamente la *compensazione:* bastava che la *reconventio* cadesse *super eodem negotio*, per cui il giudice (pedaneo) era stato dato. Tizio citato coll'azione *venditi* a pagare il prezzo, poteva reagire perchè il compratore fosse condannato a liberare il fondo o a consegnarlo. Perciò, *quasi tacita prorogata notione*, al difetto della formola era porto rimedio purchè del resto, quanto alle persone (*ejusdem fori*), fosse il giudice competente (Leg. cum Papinianus Cod. de sentent. et interloc.). Poi venne ad ampliare questa teorica la *Novella* 96, c. 2, e pare che il rigore della competenza *quoad forum* non fosse più osservato. Tutto ciò che vi ha di umano e di giusto in siffatto ordinamento fu apprezzato dal diritto canonico, ove si trova scritto: *Judex etiam delegatus compellit actorem ad respondendum reo in causa reconventionis et utramque causam ordine successivo simul audiet et una sententia terminabit* (*Decret.*, lib. II, tit. 4). E noi possiamo dire *hoc jure utimur*.

3. Bisogna dare una qualche spiegazione al n° 3 dell'articolo.

La *riconvenzione* nel nuovo Codice è contrassegnata da alcuni requisiti, mentre negli anteriori nessuna nozione ci era data. La *dipendenza dell'azione in riconvenzione dal titolo dedotto in giudizio dell'attore* è per sè palese. Da uno stesso titolo può sorgere una domanda di compensazione, come un'altra azione avente un oggetto distinto; il locatore domanda le pensioni d'affitto, il conduttore, in forza dello stesso contratto, la riparazione dei locali affittati. La seconda parte dell'articolo, con una locuzione alquanto oscura, *o dal titolo*

che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione, sembra voler dire che il reo può dedurre anche dai suoi proprii documenti il fondamento della domanda riconvenzionale, ove da essi scaturisca la eccezione che direttamente combatte l'azione; nel che suppone non più identico, ma diverso titolo. La legge esige un nesso, un rapporto di convergenza fra i mezzi di contrasto e di opposizione che vengono a misurarsi sullo stesso terreno; e in questo caso il nesso si trova tra la stessa eccezione e l'azione riconvenzionale. Tizio che aveva fatta una locazione con Cajo, domanda il pagamento dei fitti; e Cajo porta un documento dal quale crede risultare una novazione, un contratto nuovo, una vendita per esempio. La eccezione è di novazione; ma in via di riconvenzione, e in forza di quel medesimo titolo, domanda a sua volta che gli sia consegnato il fondo che pretende a lui venduto. Fra tali confini la legge ha voluto circoscrivere la riconvenzione, a prevenire le vaghe escursioni su campi alieni dal centro della discussione, e insieme a determinare il genere di prova che solo ammette.

Quanto alla limitazione in ordine alla *materia* o al *valore V.* l'articolo seguente.

Articolo 101.

I conciliatori e i pretori conoscono delle azioni in riconvenzione che, sole o riunite, sono per materia e valore nei limiti della loro competenza, quantunque riunite alla domanda principale la eccedano.

Quando le azioni in riconvenzione eccedano per materia o valore i limiti della loro competenza essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per quella in riconvenzione.

Annotazioni.

1. Disse Henrion de Pensey: Vi ha riconvenzione quando per difesa *a una domanda principale si oppone un'altra domanda principale.* Ciò è ottimamente detto. Nasce una vera *prorogazione* della competenza del giudice, secondo quel concetto di Paolo: *Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati; si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eumdem judicem mitti* (*Framm.* 22, *de judiciis*). Reo, non sarebbe stato condotto avanti quel giudice, che non è quello del suo domicilio: attore, è costretto a subire le azioni che in via repulsiva gli sono opposte, e in quella sede piatirne. Per altro anche nel diritto romano s'incontrano le limitazioni. Onde il Donello: *Actor non cogitur cujusvis excipere actiones, non quovis tempore, non quibuslibet in causis; quæ cautiones sunt quibus definitionem temperari oportet* (*De jure civili*, lib. XXII, cap. 18, n° 13). Non è dunque assoluta la prorogazione della competenza; anzi ha certe dighe affatto insormontabili. Il giudice incompetente per materia e valore (e il conciliatore lo è assai facilmente) non diventa competente *per connessione.* E questo dicesi dell'azione, che per parte del reo s'innalza contro quella che l'attore ha spiegata: della eccezione non mai. *La eccezione è la difesa;* e limitarne al giudice la cognizione, sotto pretesto che supera la sua competenza, implicherebbe la negazione del diritto di difesa. D'altronde è sempre la domanda che decide della competenza. Quindi il giudice inferiore può e deve occuparsi eziandio di apprezzare quei titoli e quei diritti che, proposti in via di azione, avanzerebbero di gran lunga la breve podestà di cui si cinge; il conciliatore può bene metter lo sguardo e spaziare colla mente in un titolo che accoglie i maggiori diritti, *non ut de iis pronunciet*, per trovarvi la giustificazione di quella domanda di 25 o 30 lire, che gli è presentata (Leg. 1 Cod. de ordine judic.).

2. La *materia* (commerciale, penale, amministrativa), il *valore*, come misura della giurisdizione, stanno fuori da ogni *privatorum pactum:* irremovibili basi dell'ordine giudiziario. Il concorso di un elemento superiore di competenza non toglie *per necesse* e per regola alle cause connesse il carattere unitario che hanno dalla natura delle cose, nè alla trattazione la unità del procedimento, come la nota dirà all'articolo che segue. Ma la manifestazione di quell'elemento porta la incompetenza del giudice adito; così se una opposizione veramente connessa ed essenzialmente commerciale si eleva in un giudizio civile, il giudice civile perde competenza, senza che giovi il rispondere che la giurisdizione civile *è la giurisdizione universale*, come fu creduto per tanto tempo: guardiamoci da questo errore. Razionalmente la divisione delle giurisdizioni procede dall'analisi delle varie obbiettività del diritto; allo scopo, è vero, della comune utilità,

poichè la stessa separazione delle materie civili dalle commerciali, ed anche sino a un certo punto dalle penali, è in dominio del legislatore: ma una volta fermate, esistono per cause che loro sono proprie, e nessuna giurisdizione può dirsi assorbente e universale.

Articolo 102.

I conciliatori e i pretori conoscono della compensazione proposta contro la domanda dell'attore, se il valore del credito opposto in compensazione non ecceda i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desuma da credito non impugnato.

Quando il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti della detta competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione.

Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta, o confessione giudiziale, i conciliatori e i pretori possono ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e possono ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione.

Annotazioni.

1. Ho d'uopo d'abbracciare in questa glossa anche l'ultima parte del precedente articolo per esprimere compiutamente, benchè succintamente, il mio pensiero.

I due articoli 101 e 102 si vengono ravvicinando per ciò che esprimono la natura delle *azioni in riconvenzione* e della *compensazione*, secondo il punto di vista del Codice, che ne determina il giudiziario effetto allorchè si presentano con una importanza giurisdizionale maggiore di quella della stessa azione.

Voglia intanto avvertire chi mi fa l'onore di leggere, che la *continenza di causa* e la forza di *connessione* non vien meno *pro absoluto*, ma solo per alcune ragioni assai bene ponderate dalla nuova legge, avvegnachè l'azione opposta sopravvanzi la competenza del giudice inferiore (conciliatore o pretore). Cosa avviene allora, generalmente parlando? Avviene, e la frase calza benissimo, *uno spostamento di giurisdizione*. Le parti sono rinviate *davanti l'autorità giudiziaria, competente per l'azione principale e per quelle in riconvenzione*. (Se davanti il conciliatore è portata una causa limitata all'oggetto di 30 lire, e la riconvenzione importi una cognizione entro il valore di lire 1500, è rinviata al pretore: nè fa che cumulato l'uno all'altro valore venisse oltrepassata la competenza di lui, ricordandoci ciò che si dice nella parte prima dell'articolo 101. All'incontro, se l'importo della riconvenzionale fosse superiore alle lire 1500, converrebbe rinviare la causa al tribunale.)

Nel nuovo Codice si è attribuito all'azione riconvenzionale una forza di coesione e di attrazione sconosciuta al precedente. L'art. 2 del Codice del 1859 ingiungeva al giudice di mandamento la cognizione della riconvenzionale entro i limiti della sua competenza, e del resto taceva: conseguenza era che superando la sua competenza, dovesse proferire il suo giudizio sull'azione, salvi i diritti del convenuto. Così decise la Corte suprema sedente in Milano nel 1865. Ma la maggior forza attribuita oggidì all'*azione in riconvenzione* deriva, a parer mio, dai requisiti che si sono trovati necessarii per costituirla. È ciò che ho dimostrato nelle Note all'art. 100.

Portiamoci alla *compensazione*, che è subbietto del presente articolo. Ben presto il sapiente legislatore viene tracciando i caratteri differenziali di codeste opposizioni. La *compensazione* (*debiti et crediti inter se contributio*) è di una maggiore tenacità, mi sia permessa l'espressione, e ferisce più diritto il cuore dell'azione. Perciò un nobile giureconsulto diceva di credere che la compensazione, quando è di pieno diritto (e lo è di sua natura), *non si deduce in giudizio se non per dedurre un fatto che il giudice non può divinare*: del resto *judicis sententia non ducit compensationem sed declarat*. Laonde appartiene all'ordine puro e semplice delle eccezioni e alla *defensio*, nè altro occorre quand'anche la somma dedotta in compensazione soverchi la competenza, bastando che sino alla concorrenza il credito dell'attore sparisca. Il che non accade mai della riconvenzione. Quindi è che la legge non vede alte-

rarsi la competenza del giudice inferiore dal caso in fuori che il credito compensante *sia impugnato*. Allora è che sorge una vera e propria contestazione, e lo spostamento della giurisdizione (parte seconda dell'articolo).

2. Fin qui il carattere unitivo della legislazione è mantenuto. Il reo trascina l'attore e lo spinge fuori della sfera della sua natural competenza. Ma la legge sente che questo amore della unità e dell'economia dei giudizi vuol essere moderato. Quando l'*azione principale* è solidamente fondata *in un atto pubblico* o *giudiziale*, *in una scrittura riconosciuta* o *confessione giudiziale*, perchè mai sarà mandato ad altra sede, perchè dovrà soffrire indugi incomodi e spese, mentre per parte sua l'azione è provata? Di fatti l'art. 4 del Codice del 1859 imponeva al giudice (dovrà) *ritenere la causa principale, rimettendo le parti al tribunale competente per la sola decisione della controversia sul credito opposto in compensazione*. La legge attuale ne compone semplicemente una *facoltà al giudice*. E fece bene; trattasi di apprezzare una controversia di fatto. La opposizione può esser cavillosa, come potrebbe apparire onesta e legittima anche verso un'azione ottimamente fondata; aggiungo che buono provvedimento è pur quello di ordinare la *esecuzione della sentenza con cauzione*, onde mi è grato rassegnare un nuovo miglioramento della legislazione giudiziaria.

3. QUERITUR perchè all'*azione in rivendicazione la legge abbia data una maggiore virtù distraente che alla compensazione:* mentre la prima *obbliga* il giudice, quando eccede la sua competenza, *a rinviare le parti avanti l'autorità competente*, e la seconda non l'obbliga, ma lo facoltizza soltanto; e quel che è più, abilita il giudice a non aver punto riguardo alla opposta compensazione, ritenendo e giudicando il merito della causa? Vi sarebbe da maravigliare a tal risultato, se non si ponesse mente che l'*azione in rivendicazione* ha oggidì le sue basi e i suoi termini rigorosamente fissati; verificandosi i quali requisiti, la sua relazione coll'azione principale è apparentemente stabilita, laddove la compensazione, quantunque più direttamente rivolta ad eliminare il debito, è meno disciplinata, e può scaturire da qualunque mezzo di prova, anche verbale.

Articolo 103.

Le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari ai procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, e di salari o mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione alle dette azioni.

Per le cause di cassazione si osserva il disposto dall'articolo 571.

Articolo 104.

Quando una stessa causa sia stata promossa davanti due autorità giudiziarie ugualmente competenti, o quando una controversia sia connessa ad una causa già pendente davanti un'altra autorità giudiziaria, essa deve decidersi da quella davanti cui è stata promossa preventivamente.

La citazione determina la prevenzione.

Annotazioni.

Il secondo membro dell'articolo non riguarda che la litipendenza. Le nozioni relative si troveranno nell'annotamento dell'articolo 108.

SEZIONE IV.

Disposizioni relative agli stranieri.

Articolo 105.

Lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno, ancorchè non vi si trovi:

1° Se si tratti di azioni su beni immobili o beni mobili esistenti nel regno;

2° Se si tratti di obbligazioni, che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbano avere esecuzione nel regno;

3° In tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità.

Annotazioni.

1. Io suppongo addirittura la nozione di *straniero*, che d'altronde è determinata dal nuovo Codice civile in quel largo orizzonte che conviene alla nostra civiltà, e passo avanti all'esame delle disposizioni di procedura.

Noto in generale che nei tre articoli della presente sezione non si tratta di attribuire allo straniero la partecipazione di alcun diritto attivo dello Stato (non essendo neppure contemplato nella qualità di *attore*), ma invece di subordinarlo ai nostri tribunali. L'art. 105 ha due elementi negativi, che sono dichiarati inconcludenti rispetto ad un terzo positivo che serve di punto di appoggio allo Stato per affermare la propria giurisdizione sullo straniero. Sono gli elementi negativi e trascurati nelle cause civili: 1° che lo straniero non abbia *residenza nel regno*, poichè può averla (art. 106, n° 1); 2° che la contrattazione non sia avvenuta nello Stato. L'elemento positivo è triplice, ed ognuno dei tre è fattore di competenza, come nei tre distinti numeri dell'articolo si rileva.

2. È osservabile che una linea perfetta di divisione è tirata fra l'*azione reale* d'ogni specie e la *personale*, che è soggetto particolare dell'art. 107. Nelle cause tra nazionali l'*azione reale-mobiliare* è parificata per gli effetti della competenza alla *personale* (art. 90): fu seguita la finzione giuridica, che è nello stesso tempo una verità logica, che i mobili s'intendono accompagnare la persona: la verità diventa apodittica quando si tratta di diritti incorporali. Una necessità incontestabile ha fatto limitare codesta determinazione rimpetto allo straniero. La barriera che divide uno Stato dall'altro, divide, per così dire, la persona dello straniero dai mobili qui esistenti; d'altra parte quei mobili possono essere sequestrati, e non deve il cittadino privarsi di questo vantaggio mentre va in cerca del suo debitore in paesi lontani. Quanto alla *proprietà immobiliare* ogni Stato reclama a sè la protezione esclusiva dei diritti che la riguardano. Ciò è elementare nel diritto pubblico comune ad ogni Stato, e non è altro che la sovranità del proprio territorio.

3. Anche il *forum contractus* appartiene ai principii scientifici della competenza nazionale. Certamente quei contraenti ad essa si assoggettarono: *Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur contrahi videatur* (Leg. 20, de judic.). Questo testo pone in essere due cose: il principio della competenza, e la varia natura dei fatti che la producono. Perciò la nostra legge (n° 2) parla *e di contratti e di fatti* onde l'obbligazione *ha origine*. Tre serie quindi di obbligazioni vi si contengono: 1° i *contratti* propriamente detti; 2° i *quasi-contratti* (art. 1140 e seg. del Codice civile); 3° i *delitti* e *quasi-delitti* (art. 1131 e seg.). Aggiungo che ogni obbligazione *diretta* o *indiretta* dello straniero verso il nazionale è contenuta nella disposizione, purchè obbligazione contratta nello Stato, o causata da quella in un rapporto qualunque. Ogni distinzione pertanto mi sembra oziosa (*V.* Foelix, *Droit international*, n° 147; Massé, t. II, n° 196). Vero è che quanto al modo con cui le obbligazioni si formano, specialmente tra commercianti, possono sorger questioni. Difficilmente però quando uno dei contraenti è nazionale, e che qui stando si acconciò collo straniero, si potrà immaginare un contratto fatto fuori. In qualunque momento, in qualsivoglia fase della convenzione o preparatoria ovvero definitiva, il nazionale avrà dato il suo consenso, ivi s'intenderà consumato l'*idem placitum* e nato il contratto, *all'effetto della competenza nazionale*. Rimarco questo parole, poichè ad altri effetti potrebbe disputarsi, od anco non verificarsi. Una transazione commerciale (come ne accade ad ogni ora) che si fa per via di comunicazioni telegrafiche, allo stretto rigore del diritto è perfetta quando il destinatario del dispaccio lo riceve e vi consente. Ma io credo che, *avendo la convenzione origine* dal primo invito, che poi divenne contratto essendo accettato, venga applicabile il n° 2 dell'articolo, tanto più che dei *fatti* hanno dovuto seguire, come pagamenti, esposizioni, spedizioni di merci o di effetti. Concludo che l'articolo dev'essere inteso in questo modo largo e comprensivo.

4. La *reciprocità*, la pura e semplice reciprocità, è stabilita al n° 3 quale una delle norme della competenza. Indipendente sì dalla presenza dello straniero, che da ogni realità apparente nel territorio dello Stato, la reciprocità è il costume del paese a cui l'obbligato appartiene, che noi prendiamo per regola. Se

la mutua legge non ci salva dalla censura di immodico favore verso il cittadino dello Stato, non potremo vantarci di progresso in confronto dell'articolo 31 del Codice civile pur ora abolito. Noi siamo precisamente allo stesso punto. Recitare quell'articolo è chiarire anche le parti oscure della nuova legislazione. « Per gli « altri contratti fatti all'estero con un suddito « potranno gli stranieri essere convenuti da- « vanti i tribunali dei Regii Stati se ivi si ri- « trovino; e *potranno pure esservi convenuti*, « *ancorchè ivi non si ritrovino, se così si os-* « *servi nel loro paese verso gli stranieri*. In « quest'ultimo caso la cognizione sarà riser- « vata al Senato (Corte d'appello), nel cui di- « stretto l'attore abbia il suo domicilio. » Posto che il concetto fondamentale non è cangiato, ma solo sono variati gli ordini di procedura, noi possiamo soddisfare alcune domande.

a) *Per applicare il principio di reciprocità, è sempre d'uopo che il contratto sia stato formato fuori dello Stato?* Invertendo la proposizione, si può dire piuttosto che per applicarlo non è mestieri che il contratto o i fatti producenti la obbligazione siano seguiti nello Stato: ma l'argomento della reciprocità può concorrere anche con questa condizione di cose, radicando la giurisdizione dello Stato sopra una doppia base.

b) *Ma quale sarà il giudice competente rispetto alla qualità? quale rispetto al territorio?* Si comincierà sempre dal giudice di primo grado per salire alle altre giurisdizioni in via d'appello o di ricorso. L'attribuzione straordinaria data al *Senato* (Corte d'appello) riguardava la questione internazionale di *reciprocità*. Quanto alla competenza nell'aspetto territoriale, l'argomento della reciprocità concorre con quelli indicati nei numeri 1 e 2; è da questi che si toglie l'indirizzo della competenza, l'argomento della reciprocità rimanendo secondario, e per se stesso non attributivo di *competenza generale*. Ma se in questo solo si fonda il diritto della giurisdizione dello Stato, altro centro non può darsi alla *competenza speciale* che il *domicilio dell'attore* (*V.* appresso, articolo 107).

c) *Quale sarà la competenza speciale nelle varie ipotesi dei numeri 1 e 2, e quale l'ordine da seguirsi?* Se trattisi di azione reale immobiliare, è il caso dell'articolo 93; se di azione reale su cose mobili, è chiara l'applicazione dell'art. 91. *Ma per citare lo straniero al tribunale del luogo ove la cosa mobile si trova, è forse inevitabile la clausola dell'art.* 91 = *purchè il convenuto sia citato in persona propria?* = Ecco una questione subalterna che s'intreccia alle altre. È d'uopo coordinare questa disposizione a quella dell'articolo 141; e non dirò qui volgarmente che la legge non obbliga all'impossibile, dirò piuttosto che l'articolo 91 non contempla altra posizione che quella del cittadino dello Stato, che è, a dir così, sotto la mano e nella gittata d'arco dell'usciere. Imperocchè tutte le varie modalità della citazione si fondano in quelle altre che sono statuite allo straniero, e che vanno allo scopo per una via tutta loro propria. La clausula dunque cade in presenza di questa condizione di cose, e manca d'applicabilità. Può aggiungersi, non senza senso di opportunità, che nel presente istituto vi ha pure una tal condizione (*V.* articolo 106, n° 2), ma, come or or diremo, in quel caso si esige la presenza della persona; e allora si comprende la ragione della clausula e la sua eseguibilità. Del resto, quanto al n° 2 dell'articolo, il *forum contractus* o il *forum solutionis* sono già preordinati nel disposto dell'articolo 91.

Articolo 106.

Oltre i casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno per obbligazioni contratte in paese estero:

1° Se abbia residenza nel regno, ancorchè non vi si trovi attualmente;

2° Se si trovi nel regno, quantunque non vi abbia residenza, purchè sia citato in persona propria.

Annotazioni.

L'articolo precedente risolve la competenza per ragione, si può dire, di materia, mentre la giurisdizione dello Stato trae a sè lo straniero in virtù di fatti la cui apparizione storica appartiene al suo territorio: ma ora comincia una relazione pura e semplice di *persona a persona*: lo straniero è tratto a noi dal nudo fatto della sua obbligazione personale verso un cittadino dello Stato. Nondimeno si richiede qualche altra cosa per parte sua onde ritenerlo soggetto alla nostra giurisdizione; la sua abitazione nello Stato (*residenza*, a differenza

del *domicilio* che gli darebbe qualità di cittadino); o la sua momentanea degenza, allorchè egli sia, per dirlo con una frase espressiva, sorpreso dall'usciere che gli consegna in persona l'atto di citazione. Vera sorpresa, poichè dipende da un *accidens:* transitando per un paese d'Italia con tutt'altra mente che di vincolarsi alle sue leggi giudiziarie, si vede condotto ai tribunali. È semplicemente il *transito* che la legge considera, se vuole aversi il debito riscontro avversativo al fatto della *residenza*, oggetto del n° 1.

Articolo 107.

Quando lo straniero non abbia residenza, dimora, o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale o reale su beni mobili è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicilio o residenza.

Annotazioni.

Questioni. — *a)* Un grave dubbio si eleva intorno a questo articolo; che è d'uopo risolvere per non fraintendere il sistema del Codice in un tema che è fondamentale nel nostro diritto pubblico, e ripercuote il diritto internazionale. Il dubbio è: se sia applicabile l'articolo qualora l'*obbligazione dello straniero verso il nazionale sia stata contratta all'estero*. Motivo di dubitare è il silenzio della legge. Se non che gli è il caso proprio dell'*inclusio unius exclusio alterius*. Tre negazioni sono nella legge di *residenza* o *dimora*, di *domicilio eletto*, di *luogo stabilito per l'esecuzione;* il forestiero che non si provvide di veruna di codeste cautele, non avrà a dolersi se è citato *avanti l'autorità giudiziaria del luogo ove ha domicilio* o *residenza l'attore*. Questa però sembra a me una questione di determinazione *speciale* di competenza. Ma nel rispetto della *competenza generale* dello Stato, ed affinchè il presente articolo abbia un significato, sono nel fermo avviso che l'obbligazione debba *avere origine da contratti o fatti seguiti nel Regno*. Senza ciò non si vede come in questa faccenda potesse intrudersi lo Stato; ogni relazione territoriale mancherebbe: lo statuto personale, entro i limiti del quale ogni cittadino di qualunqno Stato rappresenta la indipendenza del proprio paese, sarebbe offesa: e si può mantenere esser impossibile che il legislatore abbia voluto legittimare tanta esorbitanza.

Ho bisogno di spendere qualche altra parola su questo interessante argomento. Io mi compiaccio di così interpretare l'articolo che avrei desiderato più chiaro: me ne compiaccio, perchè la sua disposizione sarebbe esorbitante, perchè avrebbe tralignato, e dal poco progressivo Codice albertino, di cui sono ancora calde le ceneri, e dalle Costituzioni piemontesi (RR. CC., l. III, t. 2, §§ 8, 9, 10), e convien pur dirlo dai vecchi esempi, e non sempre informati a civiltà, di un gran popolo che gli altri popoli chiamava *barbari* (Leg. 19 § 1 e 2 Dig. de judic.; COLLERO, *Tract. de processu executivo*, part. I, cap. 3, n° 179). Avrebbe imitato la legge francese, che in effetto traduce ai tribunali lo straniero per ogni obbligazione, fuori o dentro Francia, incontrata con un francese. L'art. 14 di quel Codice fu segno di mille censure; alcuni degli stessi tribunali francesi se ne vergognarono e lo rifiutarono (SIREY, 1829, II, 176, conclusione del Pubblico Ministero). Tutti o quasi tutti gli altri Codici se ne sono astenuti; e hanno cercato un punto d'appoggio alla giurisdizione nazionale o nel *forum contractus* o nel *forum administrationis*, o nel *forum arresti;* in una relazione insomma col territorio dello Stato.

b) Perchè nell'articolo 107 *si sarebbe implicitamente ripetuto ciò che si vede già espresso nel primo periodo del numero* 2 *dell'art.* 105? Ai pratici non isfuggirà il dubbio. E io dico che quivi fu espressa una delle condizioni per cui esiste la *competenza generale* dello Stato: cioè, *se trattisi di obbligazioni che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel Regno:* invece nell'articolo 107, ove si determina una delle forme della *competenza speciale*, è sottintesa a significare che l'articolo non ha il suo effetto se non si verifichi quella medesima condizione. Da questo un altro dubbio rampolla. *L'articolo* 107 *deroga forse al principio stabilito nell'art.* 91, *ove si dichiara che l'azione personale* o *reale sui beni mobili si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta la obbligazione?* A parer mio, no. La disposizione che è più coerente alla ragione giudiziaria, più logica e normale, sarebbe sacrificata ad un'altra che rovescia il sistema razionale dei giudizi, deducendo la giurisdizione dal *domicilio dell'attore*, che deve considerarsi del tutto eccezionale, *et necessitatis imperio prodita*. Io credo adunque che quest'ultima non operi se non quando s'ignori

o non possa provarsi in qual luogo del territorio precisamente l'*obbligazione sia stata contratta* ai termini dell'articolo 91; benchè in genere risulti che nel territorio ebbe origine.

c) *Le autorità giudiziarie del regno hanno podestà di giudicare in ogni caso le contestazioni relative ad obbligazioni personali tra due stranieri, se il convenuto dimori nel regno?* Ho posta così la questione, perchè supponendo che lo straniero abbia un domicilio reale nello Stato (e potrebbe averlo senz'aver acquistata la naturalità), dovrebbe riputarsi cittadino *per quanto riguarda la competenza giudiziaria* (PISANELLI, *Trattato della competenza*, *Commentario al Codice sardo*, vol. 1, p. I, n. 484). Io adotto questa opinione senza discuterla: mi manca lo spazio. Suppongo adunque soltanto la condizione della *residenza* o *dimora*. Ricordo intanto la giurisprudenza francese, che si è spinta oltre ogni limite. Una quantità di decisioni si riscontra nel repertorio del DALLOZ, una fra le altre della Corte di cassazione, del 19 maggio 1851, nella quale si annuncia la dottrina colà dominante. « In principio e generalmente è stato ritenuto che *i tribunali francesi sono incompetenti per giudicare le contestazioni civili sollevate tra gli stranieri, anche residenti in Francia, sia che queste contestazioni prendano origine da fatti avvenuti in Francia o in estero paese.* » Gli scrittori civilisti accettano comunemente questa dottrina in tutta la estensione (se si eccettuino gli affari commerciali, o la concorde volontà delle parti, ecc. (MERLIN, *Répertoire*, v° *Étrangers;* TOULLIER, t. I, n° 265; DURANTON, t. I, n° 152; MARCADÉ, art. 25; PIGEAU, *Proc. civ.*, l. I, p. 100; CARRÉ, *Compétence*, t. I, n° 21, ecc.). I pubblicisti, governandosi coi principii della scienza, sentono altrimenti (FOELIX, *Droit international*, n° 167 e seg.; MASSÉ, *Droit commercial*, t. II, n° 167 e seg.; SALOMAN, *Condit. jur. des étrangers*, p. 94, ecc.). Codesti scrittori biasimano la legislazione francese come contraria al diritto delle genti, ed ad essi si associa il PISANELLI (n° 481). Si allegano eziandio qua e là alcuni esempi delle stesse Corti di Francia, che sono venuti temperando il diritto scritto in favore delle idee progressive. Bisogna però avvertire, che il favore di cui parliamo non si pronuncia che rapporto alle *contrattazioni tra stranieri avvenute in Francia;* poichè, in ordine a quelle avvenute all'estero, lo stesso MASSÉ, che abbiamo citato tra gli scrittori più avanzati, nell'altro caso si dichiara contrario, non essendo nello Stato radice alcuna di competenza: *neque ratione domicilii*, *neque ratione contractus*, *neque ratione dominationis;* insomma incompetenza assoluta.

Intanto fissiamo come regola, che la volontaria adesione degli stranieri ai nostri tribunali costituisce giurisdizione, come molte volte essersi giudicato prova il nostro PISANELLI, nel detto *Trattato*, n° 483, nota. Ciò escluderebbe in principio l'*incompetenza assoluta:* sarebbe soltanto relativa *ratione personæ*.

In secondo luogo si ritiene la competenza in *materia commerciale*, nelle condizioni stabilite nei n° 1 e 2 dell'art. 105, e nel capoverso dell'art. 91 (francese, art. 420). Conviene lo stesso MERLIN, luogo citato; PARDESSUS, n° 417; TOULLIER, t. I, n° 265.

Opino che la *residenza* del convenuto in un punto del territorio basti a legittimare la competenza dello Stato in ognuno dei tre casi mentovati nell'art. 105: ma sono costretto ad escluderla pei *contratti fatti all'estero*, senza concorso e interesse del nazionale, ma puramente fra stranieri, e *non eseguibili nel regno;* attesochè, pei principii generali del giure internazionale, non potrebbero estendersi a tanto, nella cauta parsimonia del loro dettato, le disposizioni del nostro Codice.

CAPO II.

DEL MODO DI REGOLARE LA COMPETENZA FRA I GIUDICI, E DEI CONFLITTI DI GIURISDIZIONE

Articolo 108.

Quando una medesima causa o due cause tra loro connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie, la domanda per il regolamento della compe-

lenza deve essere proposta davanti quella autorità giudiziaria immediatamente superiore, da cui le medesime siano dipendenti.

Annotazioni.

1. Il regolamento di competenza nell'attribuire al giudice superiore una facoltà d'ordine non esclude quella, che è connaturale ad ogni giudice, di dichiararsi incompetente. Ma la legge suppone, e muove appunto da questa considerazione, che *una medesima causa* o *due cause connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie.* Siamo in presenza di un vero pericolo; nella unità della causa, che qui può definirsi pel suo oggetto, la moltiplicità dei giudizi è assurda; pericolo adunque nella possibilità di sentenze opposte: assurdo e ripugnanza logica. Da ciò l'intervento dell'autorità superiore per riparare al disordine e al minacciato scisma giudiziario; essa, dominando dall'alto la questione, è per ogni rapporto in grado di provveder meglio che l'uno o l'altro giudice non possa fare nel suo punto di vista limitato e parziale: perciò, senza derogare in massima alla facoltà che ogni magistrato ha di pronunciare la propria incompetenza, la legge spiega una decisa tendenza (*V.* articolo seguente) di trasportare ad altra sede la cognizione del *dubbio* o del *conflitto.*

2. Il concetto della *medesima causa* e delle *cause connesse* è certamente diverso. Ben può dirsi la prima *unità assoluta*, e l'altra *relativa*, componendosi questa unità, che chiameremo per un momento impropria, di elementi ora razionali, ora convenzionali, che costituiscono la *utilità*, non sempre la *necessità* del giudizio unico. La *identità*, che quanto alla prima si concepisce, richiederebbe il concorso degli estremi rigorosi della *exceptio rei judicatæ*: ma in confronto di questa legge è questione inutile. Basta che le cause siano connesse: il tribunale superiore conoscerà se lo siano.

3. Per le Leggi 1° dicembre 1790 e 27 ventoso, anno VIII, le istanze *en règlement des juges* si portavano alla Corte di cassazione. Nel sistema del Codice di procedura civile (francese, articoli 363 e seg.) non fu riservato alla Corte di cassazione il decidere sulla competenza che in uno di questi due casi: o che la medesima causa (*un différend*) fosse portata avanti due tribunali dipendenti da due diverse Corti di appello; o avanti due Corti d'appello. Non disponevano altrimenti gli articoli 462 del Codice sardo del 1854, e 42 di quello del 1859.

Il nostro legislatore ha trovato che quella lunga enumerazione che rendeva prolisso l'articolo 42, poteva restringersi in un pronunciato complessivo. Onde nacque l'articolo 108. Dubito che questa volta la brevità non sia in danno alla chiarezza. Provvede forse, almeno letteralmente, l'articolo a quella condizione di cose che nelle due citate leggi fu presa in calcolo? Può credersi che *l'autorità immediatamente superiore alle Corti d'appello* sia la Cassazione: ma mi permetto di osservare che la locuzione non sarebbe la più esatta. La Cassazione non è *superiore a questo o a quel tribunale*, il che suppone una relazione specifica e graduale: *è suprema.* E se vuol dirsi *superiore*, lo è pure *immediatamente* non meno al tribunale che giudicò in secondo grado. Fortunatamente la questione non è che di parole per quella viva luce che ci mandano le leggi anteriori, onde si spiega quest'*autorità immediatamente superiore* alle Corti d'appello essere appunto la Cassazione. Un caso però è rimasto fuori della disposizione del presente articolo: *quello del conflitto fra più tribunali compresi nella giurisdizione di due o più Corti d'appello.* Io non esito a ritenere in simil caso eziandio l'ordinamento anteriore, malgrado la resistenza che a questo modo d'intendere opporrebbe la lettera stessa del nostro articolo; ma altra soluzione non è possibile.

4. Questioni. — *a) Se il presente articolo sia da applicarsi nella ipotesi di un conflitto fra due autorità giudiziarie di grado ineguale.* È dalla nostra legislazione precedente che si solleva principalmente il dubbio: da quella legislazione che noi abbiamo appunto invocata per chiarire qualche altra oscurità dell'attuale. In essa e in quella del 1854, e indietreggiando sino alla francese, non si veggono contemplati che giudici d'ugual grado. Nel *Répertoire* del DALLOZ s'insegna una dottrina, e qualche decisione si rammenta che verrebbe in aiuto dell'opinione negativa nel tema speciale di due cause, l'una pendente avanti un giudice di mandamento, l'altra avanti un tribunale, comunque entrambi nel territorio della stessa Corte d'appello; e si vuole doversi ricorrere alla Corte di cassazione, essendochè la prima non avrebbe una giurisdizione d'ugual grado sopra quei magistrati, e superiore gerarchico immediato del giudice di mandamento sarebbe lo stesso tribunale. Questa giurisprudenza è respinta dal CHAUVEAU in CARRÉ, q. 1326, bis, e l'obbietto è troppo debole per meritare una seria confutazione. Pare che la nostra legge

abbia voluto sgombrare il dubbio (che nella passata era gravissimo), contentandosi di quella espressione generale *due o più autorità giudiziarie*, che possono intendersi eziandio di grado non uguale. Ma io suppongo che il giudice di mandamento e il tribunale dipendano, come avvertii, dalla stessa Corte d'appello.

b) Se fra un giudice inferiore (pretore) *e un tribunale residenti in diversi distretti di Corti d'appello si manifesti il conflitto, a quale autorità giudiziaria se ne porterà la cognizione?* Suppongo possibile questo caso come il precedente, nonostante l'osservazione che farò *infra* (nota n° 3 dell'art. 109). Le seguenti espressioni ci varranno a guida... *dev'esser proposta* (la domanda) *davanti quell'autorità immediatamente superiore*, DA CUI LE MEDESIME SIANO DIPENDENTI. È necessario di fatti che l'autorità « che arbitra si asside in mezzo a lor » *abbia sopra amendue giurisdizione;* nei precedenti Codici, nei quali le molle di questo sistema erano, per così dire, messe allo scoperto, si vedeva sempre la giurisdizione appuntarsi nel vertice di un angolo comune. Nel conflitto pertanto tra un'autorità minore sedente nel distretto della Corte di B., e un'altra anche maggiore sedente nel distretto della Corte di C. (facilissimo per la diversità dei domicilii dei convenuti), forza è salire alla Corte suprema.

c) *Fra più Consigli di famiglia, arrogantisi attribuzioni opposte e incompatibili, ha luogo il regolamento di competenza?* Pochi giorni sono la massima fu ritenuta dalla Corte suprema, sezione civile, alla quale ho l'onore di appartenere (sentenza dell'11 gennaio 1866, in causa Costa, relatore Canina).

Stefano Costa, nato a Sestri Levante, morì in Bastia (Corsica) nel 1863. Il console italiano, ivi residente, convocò un Consiglio di famiglia; fu nominato il tutore alla figlia unica e minore del defunto; si provvide che i proventi del ricco patrimonio, composto in gran parte di capitali investiti e di rendite pubbliche, fossero depositati presso banchieri di Parigi. Qualche tempo dopo il tutore si volge al giudice del mandamento di Sestri Levante; gli fa istanza per la convocazione di un Consiglio di famiglia che statuisca sulla educazione della fanciulla e sopra altro cose del patrimonio, ritenuto che, essendo quello il domicilio originario del defunto, ivi si dovesse trattarne, quasi cessata la giurisdizione di quello che fu già aperto occasionalmente in Corsica. Ma il giudice si disse incompetente, atteso l'essersi aperta altrove la tutela; il Tribunale di Chiavari confermò la sentenza. Per una legge speciale la Corte di Genova è investita del diritto di giudicare simili conflitti. Nel 24 settembre 1864, o precisamente *in regolamento di conflitti*, decise per la giurisdizione del console di Bastia e del suo Consiglio. La Corte suprema riconobbe senza difficoltà *che la legge deve per urgente analogia estendersi o, forse meglio, applicarsi eziandio ai conflitti che nascono fra i Consigli di famiglia, come fra' tribunali*, annullando però la sentenza della Corte di Genova, poichè conflitto non c'era; non vi erano due Consigli di famiglia, nè due Consigli di famiglia si erano posti in opposizione fra loro.

Articolo 109.

La domanda può farsi durante il giudizio, nel quale sia stata proposta la declinatoria del fôro per litispendenza.

Essa può farsi anche dopo che la declinatoria per litispendenza sia stata rigettata, in prima istanza o in appello, con sentenza che non abbia deciso il merito della causa, o l'abbia deciso, ma sia stata pronunziata da una autorità incompetente a provvedere sul regolamento della competenza.

Quando l'autorità giudiziaria, che rigettando in appello la declinatoria pronunziò nel merito, sarebbe stata competente per provvedere sul regolamento della competenza, la domanda in regolamento non può più essere proposta.

Annotazioni.

1. È d'uopo metter sott'occhio le diverse combinazioni che possono presentarsi in questo affare dei conflitti: la causa o le cause connesse sono pendenti (1ª ipotesi) avanti le due autorità giudiziarie; o quando si propone il ricorso, la questione della competenza è stata decisa da una di esse col rigetto della declinatoria del foro (2ª ipotesi); o è stata decisa la causa nel merito da giudice competente (3ª ipotesi); o è stata decisa nel merito, ma da giudice incompetente (4ª ipotesi); o finalmente la questione è stata decisa da amendue le auto-

rità invocate, in modo che entrambe si sono dichiarato competenti o incompetenti (5ª ipotesi). Le prime quattro sono soggetto dell'attuale articolo, l'ultima è contemplata nell'articolo 115, al quale ci riportiamo.

Prova l'articolo che la *eccezione di declinatoria* deve proporsi prima del ricorso, non tanto come preparatoria, quanto a provocare una decisione d'incompetenza. Ma non attesa, forse si prosegue la causa; ed il ricorso può interporsi *durante il giudizio*.

2. Il secondo capoverso dell'articolo è pieno di cose. Suppone necessariamente la *litispendenza* che accenna, e non può definire. Ma quando dicesi pendere la lite? Lasciate le dispute sulla *contestatio*, solita a sollevarsi tra gl'interpreti del diritto romano (e non del tutto abbandonate da qualche tribunale tradizionista), nell'odierno si ritiene bastare l'atto di citazione regolarmente prodotto (VOET, *Ad Pand.*, tit. II del lib. 44, nº 7; CARRÉ, quest. 727, ecc.). *Lis enim pendere dicitur, licet nulla jam contestatio secuta sit* (FABRO, lib. II, tit. 38, def. 1; PISANELLI, *Della competenza*, p. 737).

3. *Ma sarà necessario che a costituire la litispendenza in ordine alla presente disposizione, amendue le cause siano presentate a giudici competenti?* Così fu più volte deciso dai nostri tribunali (Cassazione di Torino, 11 febbraio 1853, BETTINI, I, 171; 21 febbraio 1855, BETTINI, I, 193; Corte di Genova, 14 febbraio 1853; BETTINI, II, 172; 31 marzo 1846, GERVASONI, 342), e non si risolve altrimenti secondo la nuova legislazione. È, come suol dirsi, una questione di principii. La legge non accumula rimedii straordinarii senza necessità. Lascia ai principii normali del diritto giudiziario la loro naturale efficacia. Non vi è *prevenzione* difatti, se uno dei giudici è incompetente: esso non è giudice; e giudizio non esiste. D'uopo è qui per altro distinguere le diverse forme della incompetenza. Quella cui accenno è la incompetenza *naturale* ed *organica*, se il giudice non ha dalla legge giurisdizione per conoscere di quella *materia* o *valore* (art. 67). È forse per questo che non si vede enunciato nel Codice, almeno letteralmente, un conflitto tra *un giudice inferiore e uno superiore*, uno dei quali dev'essere incompetente (*V.* Note, sopra). V'è un'altra incompetenza che chiameremo d'*ordine*, atteso l'ostacolo che si solleva da una identica o connessa questione, che fu preventivamente introdotta: è quella di cui si tratta nel presente capo. Del resto è cosa decisa nell'articolo 104, che resta come regola fondamentale in siffatte questioni.

4. Se non che, rapporto all'effetto, la declinatoria per *incompetenza d'ordine* non è diversa da quella per incompetenza organica e naturale; e lo attestano gli articoli 187 e 188. Secondo quest'ultimo, può sempre proporsi, anche in appello: quindi le parole *in prima istanza* o *in appello*, che s'incontrano altresì nel presente articolo.

5. I rimedii della *declinatoria per litispendenza* e quello per il *regolamento della competenza* sono senza dubbio *facoltativi;* non altrimenti le dottrine francesi si accordano nel dire che si può proporre la declinatoria ed appellare; o, se meglio piaccia, interporre il ricorso per regolare la competenza (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 634; THOMINE, t. I, p. 573). Ma allorquando la Corte d'appello sulla declinatoria ha pronunciata la sua sentenza, grave difficoltà s'incontra per ammettere ancora il secondo rimedio, e da qualche distinto giureconsulto è assolutamente negato, qualora la Corte, che riconobbe la competenza del primo giudice, *era essa stessa competente a decidere il conflitto* « Nous ne pensons pas... que cette faculté soit accordée à la partie qui a succombé sur l'appel, *si toutefois le tribunal qui aurait décidé sur cet appel*, que les premiers juges garderaient la connaissance de l'affaire, *était aussi celui auquel on devrait porter la demande en règlement des juges* » (CARRÉ, nota alla quest. 1322). La nuova legge accetta, ma solo in parte, la dottrina dell'illustre giureconsulto francese. Non l'accetta se la Corte d'appello *si limitò a decidere la questione della competenza* (*V.* sopra, ipotesi 2ª).

E con essa conviene se fu giudicato *eziandio il merito* da tal tribunale o Corte che *sarebbe stato competente a giudicare sul regolamento di competenza* (*V.* sopra, 3ª ipotesi). La ragione è chiara; essa ha esaurita la podestà di cui era fornita, quantunque invocata sotto forma di un appello per reiotta declinatoria; ed avendo giudicato il merito *functa est*, sotto ogni rapporto, *officio suo*, non può più ritornare sopra il proprio giudicato; onde, dato che avesse mal giudicato, mai più potrebbe a lei stessa rimettersi la causa dalla Corte di cassazione; e perciò riman chiusa la via a *proporre la domanda in regolamento*, salvo il ricorso per gli effetti dell'articolo 517. Questa disposizione ricorda la celebre ordinanza del 1737, alla quale fanno commento più decisioni della Corte suprema (le cui nozioni si erano non poco smarrite nella legislazione del Codice di procedura francese), ond'era statuito non doversi in tal caso far luogo al regolamento in competenza avanti la Cassazione, se non dove il tribunale d'appello si fosse astenuto dal giudicare il me-

rito, *le règlement de juges supposant nécessairement des contestations à décider ultérieurement.*

Se non che la nostra legge non si sgomenta del reso giudizio di merito, se la Corte d'appello *era incompetente a regolare il conflitto* (*V.* sopra, 5ª ipotesi). Onde torna evidente che la ragion vera per cui l'azione è respinta nel caso sopra considerato, è quella da noi proposta.

Articolo 110.

La domanda è proposta con ricorso, sottoscritto da un mandatario che possa rappresentar la parte davanti l'autorità giudiziaria cui è diretto, e accompagnato dagli atti fatti nei relativi giudizi e dai documenti in essi prodotti dal ricorrente, i quali devono essere indicati nel ricorso, e rimanere in deposito nella cancelleria per essere comunicati alle altre parti.

Quando la domanda sia proposta davanti un tribunale di commercio o un pretore, il ricorso può essere sottoscritto dalla parte stessa.

Articolo 111.

L'autorità giudiziaria superiore, se reputi fondata la domanda, ordina che il ricorso sia notificato alle altre parti, affinchè possano presentare un controricorso, e stabilisce i termini per la notificazione del ricorso e del decreto e per la presentazione del controricorso.

Con lo stesso decreto può ordinare la sospensione delle cause finchè non sia regolata la competenza.

L'ordine della sospensione impedisce la decorrenza di qualunque termine della procedura.

Annotazioni.

1. Il *ricorso* esclude la citazione: è un atto unilaterale della parte instante (art. 50).

2. È sottoposto non al presidente soltanto, ma all'intero collegio che *costituisce l'autorità giudiziaria* che deve farne ragione.

3. *Il mandatario sottoscritto deve poter rappresentare la parte:* sarà un avvocato o un procuratore? (*V.* art. 50, p. III). Se il ricorso è fatto alla Corte di Cassazione, sarà un avvocato che abbia i requisiti voluti dall'art. 522.

4. Non si terrà udienza pubblica e contraddittoria; l'articolo 44 del Codice del 1859 ordinava il *rapporto di un giudice* a ciò deputato dal presidente. Il nostro articolo non ne parla: ma ciò è di regolamento interno.

5. **Dubbio.** — *Se il pubblico Ministero debba intervenire in questo primo atto; e in generale se egli porti la parola in simili questioni.* Rispondo di tratto al secondo quesito molto facilmente col nº 6 dell'art. 346. Onde si deduce che quando la causa del conflitto viene discussa all'udienza, il suo intervento è certo. Ma ne conseguita forse che la presenza del pubblico Ministero sarà egualmente necessaria in questa conferenza interna, ove alla prima lettura si decide semplicemente *la presa in considerazione del ricorso?* Motivo di dubitare è il silenzio dell'articolo, a cui non costava nulla il dirlo; di un articolo che ha surrogato il 464 del Codice del 1854 e il 44 di quello del 1859, nei quali si leggeva: *sentito il pubblico Ministero.* Gli scrittori di procedura francese se ne fecero un problema (non trovandosi la spiegazione in quell'articolo 364): e alcuni dissero non vedersene la necessità in un atto che non è che iniziale e preparatorio (*Annales du notariat*, t. III, p. 436): ma l'opinione restò in minoranza; i più conclusero in senso opposto (Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 636; Favard de Langlade, t. IV, p. 797, nº 1; Thomine, t. I, p. 576; Carré-Chauveau, quest. 1329). Nella nostra legislazione, che è identica, non è lecito, secondo me, pensare altrimenti. La legge dell'intervento ministeriale in queste cause (art. 346, nº 2) non distingue uno stadio da un altro. Osservo che se dal silenzio che regna in questo Capo si potesse argomentare all'esclusione, si dovrebbe anche ritenere il pubblico Ministero escluso dalla discussione contraddittoria. Nè senza un grave interesse è l'intervento di lui in questo primo esame, in cui si tratta di attribuire al ricorso il suo vero carattere.

Articolo 112.

La parte ricorrente, che omette di fare la notificazione nel termine stabilito, decade di diritto dalla istanza per regolamento della competenza.

Annotazioni.

Bisogna osservare la posizione in cui si trova l'attore nella causa di *regolamento del conflitto* appresso la sua decadenza (che avviene *pleno jure*). L'articolo 366 del Codice di procedura francese alla minaccia aggiungeva le seguenti parole: *Et les poursuites pourront être continuées dans le tribunal saisi par le défendeur en règlement.* Cosa resta deciso allora? Resta decisa la questione di prevenzione. Avvertiamo che noi dobbiamo ritenere amendue i tribunali, per la natura della causa, competenti; così uno dei tribunali viene ad essere spogliato della sua giurisdizione, ed è quello che l'attore, ora decaduto, aveva prescelto.

Ma sarebbe pur questo il nostro sistema? Ricordiamoci che la *domanda per regolamento di competenza* può farsi anche in corso di causa, e *dopo proposta la declinatoria;* può farsi, *rigettata la stessa declinatoria*, o *in prima istanza* o *in appello* (art. 108). Con ciò si è voluto denotare la superiore importanza che la legge attribuisce ad un giudizio che, fuori d'ogni dubbio, presenta maggiori garantie. Chi ha perduto per negligenza questo vantaggio, ritorna adunque allo stato in cui era; e la conseguenza non è propriamente quella che la procedura francese impone: conseguenza che, a dirla di passaggio, si trovò in più casi incongrua dalla stessa giurisprudenza francese. Se la *declinatoria era stata proposta*, la questione è rimessa su quel terreno ove rimarrà cogli effetti che saranno di ragione. Rigettata la declinatoria in prima istanza, potrà prodursi in appello; e solo quando avesse già avuto l'ultimo suo esito in appello, la questione potrebbe dirsi morta e veramente finita.

La minacciata decadenza avrà pur luogo in ordine ai *conflitti negativi* o *positivi?* È ciò che vedremo all'articolo 115.

Articolo 113.

Il controricorso sottoscritto a norma dell'articolo 110 è presentato nel termine stabilito nel decreto, e notificato nello stesso termine alla parte ricorrente, con indicazione dei documenti depositati nella cancelleria.

Articolo 114.

Decorsi i detti termini, l'istruzione della causa si ha per compita in contraddittorio, ancorchè non siasi presentato controricorso, e l'autorità giudiziaria pronunzia sulla domanda.

Quando la domanda sia rigettata, la parte ricorrente può essere condannata al risarcimento dei danni verso le altre parti.

Articolo 115.

Quando due o più autorità giudiziarie si siano dichiarate competenti o incompetenti a conoscere di una controversia, si fa luogo al regolamento della competenza sopra domanda d'una delle parti, osservate le disposizioni degli articoli precedenti.

Annotazioni.

1. Poco è a disputare intorno ai *conflitti positivi*. Se due tribunali si sono dichiarati competenti sulla medesima controversia, il *regolamento*, se non è necessità assoluta, è per lo meno di una convenienza la più urgente. Non comprendo come non sia data facoltà al pubblico Ministero di eccitarne la decisione. La nostra legge non dice se sia d'uopo che la duplice competenza sia stata pronunciata anche in grado d'appello; noi riteniamo bastare la

esistenza delle due sentenze, comunque appellabili.

Qualche avvertenza di più occorre intorno ai *conflitti negativi*. Alcuno avvisò con criterio esatto non men che sottile (THOMINE, t. I, p. 573) che nei conflitti negativi potrebbe dirsi piuttosto aver luogo una *indicazione di giudici*, che un *regolamento di competenza*. Due tribunali non possono essere simultaneamente competenti in una medesima causa, ciò è ripugnante; ma due e dieci tribunali possono essere senza ripugnanza alcuna incompetenti. Per regolare adunque la competenza è mestieri che fra quelli che si negarono di prender cognizione della causa si trovi il tribunale che è competente. Non essendovi ripugnanza fra più dichiarazioni d'incompetenza, non presentandosi un nodo che sia necessario a sciogliere, talvolta accade che dopo essere andati di tribunale in tribunale incompetente, s'incontri alla fine il competente; e questi s'impadronisce della causa che gli spetta senza trovare ostacolo nei varii decreti d'incompetenza che si sono pronunciati. (Darò un esempio che non è mio. Una causa che è di natura commerciale fu portata a un tribunale amministrativo che si dichiarò incompetente: indi a un tribunale civile, che fece la stessa dichiarazione. Ecco due dichiarazioni d'incompetenza. Finalmente si adì il tribunale di commercio, che ritenne la causa.)

Da questa vera e intrinseca differenza che esiste tra le due e opposte forme di conflitti, la giurisprudenza francese ebbe a deciderc che, nei negativi, è sempre necessario che i *due gradi di giurisdizione siano esauriti*, poichè, via facendo, si può trovare il giudice (Cassazione francese, 3 marzo 1837, *Journal Pal.*, t. II, 1837, p. 199). Vinto dalla forza di questa osservazione, io pure sono costretto a così convenire, nonostante il silenzio della legge e la contraria conclusione adottata pei conflitti positivi.

2. Questione. — *La disposizione dell'articolo 112 può essere applicata in fatto di conflitti positivi o negativi?* È da osservare in primo luogo che l'articolo richiama le disposizioni precedenti.

Quanto ai *conflitti positivi* la scienza non ha mosso dubbio, tuttavia giova avvertire la posizione delle cose dopo la decadenza. Vi saranno adunque due contraddittorie dichiarazioni di competenza: condizione di cose che non può sussistere. La *domanda di regolamento non potrà più esser proposta* nè dall'una, nè dall'altra parte: d'altronde la causa non può continuarsi sotto forma di declinatoria, nel presupposto che i due tribunali abbiano sentenziato in ultimo grado. Ma conviene rammentare anche una volta, che l'istituto di cui ci occupiamo, speciale bensì al caso dei conflitti, non esclude punto il rimedio massimo e generale, quello della Cassazione. Una delle due sentenze dev'esser nulla, e cadrà sotto la censura della Corte Suprema.

Quanto ai *conflitti negativi*, non taccio che la giurisprudenza francese si mostra contraria all'applicazione del principio di decadenza, perchè incompatibile colla natura di simili conflitti (Cassazione, 11 maggio 1807, *Journal Av.*, t. XVIII, p. 812; THOMINE, t. I, p. 577; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1333, bis). A quale scopo sarebbe comminata la decadenza, se non c'è alcun giudizio pendente? come potrebbe continuare la causa avanti il tribunale scelto dal suo avversario, se tribunale investito della causa non esiste? dunque la lite giacerà in eterno, e mai più si potrà riassumere? ma questo è un vero diniego di giustizia! E nel punto di vista di quella giurisprudenza sono ragioni. Dirò ancora che l'articolo 366 del Codice di procedura francese contiene una frase che in qualche modo autorizza siffatto ragionamento, mentre è sollecito di additare l'effetto della decadenza, cioè la continuazione *des poursuites dans le tribunal saisi par le défendeur en règlement*. Difficilmente un tale sistema potrebbe conciliarsi colla lettera della nostra legge. Io credo sia stata esagerata l'importanza, per certo cospicua, di questo istituto. E tenendoci nel tema dei *conflitti negativi*, le precedenti osservazioni provano ch'esso è di assai dubbio valore: perchè forse è un regolamento che non può regolar nulla. La nostra legge non si preoccupa della continuazione della causa: al di là della decadenza la situazione è quella che è, ai termini del diritto, e varia secondo i casi. Se due o più tribunali si dichiararono incompetenti, forse lo sono: ebbene dirigete i passi al giudice competente. Ci resta finalmente a ripetere ciò che abbiamo già detto: ricorrete alla Cassazione, non *per regolamento di competenza* (che non è rimedio sovrano), ma *per far annullare quella sentenza che, nel dichiarare la incompetenza, ha violata la legge.*

CAPO III.

DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo istituto importantissimo, che nella sostanza è un presidio effettivo della giustizia, e nella forma è un omaggio reso alla pubblica opinione, vagò nel precedente Codice fuori della sua vera sede; confuso negli ordinamenti di procedura fra la *ripresa d'istanza* (tit. XVII, lib. IV), e fra la *perenzione d'istanza* (tit. XIX), il *titolo della ricusazione* accusava la mancanza d'ogni giusto concetto delle sue attinenze coi principii del diritto giudiziario. Pareva non si sapesse dove collocarlo. Il posto è trovato e ne vado lieto. La *ricusazione dei magistrati* implica la questione di competenza, e a questo titolo appartiene. Si è fatta un'altra buona riforma. Due ordini di ricusazioni aveva il passato Codice: uno per i giudici inferiori, l'altro per i superiori. Questi erano colpiti da una censura più estesa: a quelli si perdonavano certi sospetti che rendevano ricusabili i secondi (art. 137 e 442). Anche i modi della procedura variavano. Ora abbiamo uniformità; d'altro canto l'istituto geloso della morale integrità del magistrato ha avuto un certo incremento, come la Relazione ministeriale viene notando.

Articolo 116.

Il giudice può essere ricusato:

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Scrivendo nel *Commentario del Codice sardo* (vol. 2, pag. 303, ecc.) evocai dalla storia un nobile monumento di questo istituto nella Costituzione di Giustiniano, che è la Leg. 16 Cod. de judic. L'epoca della libertà era da gran tempo passata: la posterità non deve dimenticarlo per farne un merito al riformatore, che, volere o no, fu superiore all'età sua. *Lites sine suspicione procedant:* questo fu il suo motto, degno di essere raccolto. La *suspicio* del giudice è il verme che rode il cuore dei litiganti, e la vergine giustizia se ne sgomenta. Il diritto della ricusa fu usato ed abusato. È un mezzo prezioso e terribile. Per le antiche repubbliche fu applicato su larghissima scala. Per la legge Servilia *repetundarum* l'accusatore presentava (*edebat*) cento giudici, di cui cinquanta potevano essere ricusati. Divenuta un monopolio nelle mani dei partiti, questa grande garantia della libertà dei giudizi, al tempo di Cicerone, era già un pericolo, uno scoglio dell'innocenza (*Oratio pro Sulla. Sigonius, de iudiciis*, lib. II, cap. 27). Cadono e risorgono le istituzioni, ed è bella su questa materia la legislazione d'Innocenzo III (*C. cum inter de excep.*). Per dare un cenno del metodo antico nei giudizi civili, ricorderò che, essendo i *magistratus* organi piuttosto per amministrare il diritto, che giudici, e derivando la loro podestà dalla costituzione dello Stato, secondo un'opinione autorevole, non potevano essere ricusati (NOODT, *De jurisd. et imperio*, lib. I, cap. 7). Ad essi veramente, e quasi essenzialmente, apparteneva la *jurisdictio;* proponevano le azioni, nominavano i giudici (*judicem addicunt*), i quali, non forniti propriamente di carattere pubblico, specie di arbitri tra le parti, erano ampiamente ricusabili. Pare che sotto Adriano questo diritto entrasse in una nuova fase, come in quel frammento si dimostra: *Observandum est ne is judex detur quem altera pars nominatim petat (id enim iniqui exempti esse, D. Hadrianus rescripsit) nisi hoc specialiter a Principe ad verecundiam petiti judicii respiciente, permittatur* (Leg. 47 Dig. de judic.). Si

è dato un cenno sopra, e può vedersi da chi vuole, lo stato della legislazione della *recusatio* all'epoca di Giustiniano. L'esercizio di essa non dipendeva più dalla origine e qualità dei magistrati, ma dai motivi che venivano addotti (CUJACCIO, *Observat.*, lib. XII, c. 1; SCHULTING, *De re judic.*). Invece in antico la ricusa soleva essere *perentoria*, senza motivi, presso a poco come quella dei giurati.

Più o meno, male ordinato però e quasi sempre arbitrario, il diritto di ricusa passò nella pratica del fôro; forse alla Ordinanza del 1667 si deve la prima organizzazione di questo istituto secondo l'idea moderna, ossia per *cause determinate*. È noto che la Legge 23 vendemmiale, anno IV, tentò riprodurre nei giudizi civili la *ricusazione perentoria*, ma non approdò. Se non che l'esagerazione si fece sentire anche nella celebre Ordinanza, che lasciò troppe vie aperte: *N'entendons pas exclure les autres moyens de fait ou de droit, pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé.*

2. *Della natura di questo diritto.* — È una vera eccezione d'incompetenza dedotta da cause personali. Come la *declinatoria* intende a respingere la giurisdizione di un tribunale, a sottrarsi da quella, così questa eccezione intende a declinare la giurisdizione di un giudice determinato e nominato, onde viene dai Francesi appellata *récusation partielle*. È una declinatoria parziale (PONCET, *Traité des actions*, n° 189). È introdotta *direttamente* nell'interesse individuale; ma è favorita e sostenuta con severa sollecitudine dalla legge, perchè dietro questa eccezione spunta e quasi, per dir così, fa forza l'interesse generale, l'interesse medesimo della giustizia.

1° Se abbia interesse nella controversia;

Questa prima causa ha tal latitudine che assorbe in sè parecchie, se non tutte le altre che seguono. Riformando l'art. 442 del precedente Codice di procedura, ha levato quelle imbarazzanti parole d'*interesse diretto* o *indiretto*, senza dubbio ravvisando che l'*interesse indiretto* è pure un interesse, benchè meno forte; e quando sia per essere così remoto da riuscire pressochè insensibile, *è quistione di apprezzamento*. Tuttavia non si creda che la legge usando questa larga espressione, abbia voluto in certo modo significare che le cause di ricusa, spiegate nell'articolo, siano semplicemente *dimostrative*, non *tassative* (come veramente sono), mentre nella parola *interesse* tante altre cause possono comprendersi. Vi è pure qualcosa di speciale e di *personale propriamente* in questa forma di dire, mentre se si guardino le altre cause, si vedrà ch'esse riduconsi alle seguenti categorie: I. affezione (2ª, 3ª, 8ª, 10ª); II. odio e inimicizia (6ª, 7ª, 11ª); III. calcolo di vantaggi estranei alla causa (4ª, 5ª); IV. opinione pregiudicata (9ª).

2° Se sia parente o affine, sino al quarto grado inclusivamente, d'una delle parti;

3° Se la moglie di lui sia affine, sino al quarto grado inclusivamente, di una delle parti, o se lo stesso vincolo sussista fra lui e la moglie d'una di esse: morta la moglie, la causa di ricusazione sussiste se siavi prole superstite, o si tratti di suocero, genero o cognato;

Il *parente del giudice* può ricusarlo perchè parente: la legge non distingue: fra parenti non si può restare indifferenti; ecco la ragione. O si ama, o forse si odia, o la soverchia delicatezza perturba la coscienza dell'uomo probo, o il pubblico ne trae cagione di mormorare. È pure la opinione di Pigeau, di Favard de Langlade, ecc. Anche la *parentela naturale* può ritenersi compresa nella generale indicazione dell'articolo, purchè si possa immediatamente provare (THOMINE, t. I, p. 599; Cassazione francese, 6 aprile 1809, *Journal Av.*, t. II, p. 59).

4° Se una quistione identica in diritto debba decidersi in un'altra lite vertente nell'interesse di lui, della moglie, dei congiunti o degli affini in linea retta;

1. Non si tratta di un regolamento di competenza, nè di tener conto delle cause connesse e dei loro vincoli più o meno flessibili: si tratta di *stabilire un precedente*, che un altro giorno potrà invocarsi con profitto: si tratta di costruirlo questo precedente colle

proprie mani nell'interesse di un'altra lite che è nostra o di nostri strettissimi parenti. Ma *la identità deve accettarsi in quel senso apoditico e rigoroso con cui si governa la teoria della cosa giudicata?* Certamente no: perchè le persone identiche non le avremo. L'*eadem causa* neppure; benchè possano incontrarsi delle specie analoghe, dei titoli conformi. Sarà sempre, a voler spingere i termini di confronto, una *res inter alios acta*, diversa nelle persone, simile nella *causa petendi*, uguale forse nell'oggetto. Peraltro questa materia delle ricusazioni è dominata da una somma regola: eccetto i casi nei quali la legge stessa fissa le proprie condizioni limitative della competenza personale (il grado della parentela, dell'affinità, e qualche altra), *il diritto riceve impronta e si modifica dalla prudente estimativa* che dei fatti e delle circostanze verranno facendo i giudici che denno applicarlo. Se da un lato una ragione di convenienza ci ritira, per così spiegarmi, verso la offesa dignità del magistrato per comprimere le esagerazioni del sospetto, dall'altro l'interesse della giustizia e la difficoltà di formare le prove squisite, ci consigliano un certo fare, largo, apprezzativo, si direbbe quasi la prudenza della politica. Qui il rigore potrà essere minore o maggiore del suono delle parole: *l'identità della questione non sarà propriamente identica:* sarà un qualche cosa di molto speciale e insieme di molto affine colla causa che si tratta. Di *molto speciale*, perchè cosa mai sarebbe una questione di diritto ovvio e comune *per fabbricarci un precedente* da richiamare in esempio e tale da potere veramente influire sulla decisione della causa che verrà dopo! Ci è forse del dubbio sulla necessità di omologare la donazione fra vivi? o che estremo della vendita sia il prezzo? Ora, se un parente di terzo o quarto grado ha una causa pendente per uno o altro di quei titoli, sarà buona ragione per ricusare il giudice perchè mai non faccia qualche violenza al diritto per benefizio delle lite di quel suo lontano parente? Oh che trista, e anche un pochino ridicola conclusione sarebbe questa! Dovrà dunque presentarsi un punto che, arduo o nuovo in giurisprudenza, ci porti all'animo questa impressione: *che il giudice abbia un vero interesse nel risolvere la questione in un dato modo*, per avviare in certa guisa la giurisprudenza allo scopo desiderato, mettendo fra quello e le ragione, come di mezzo, l'autorità della propria sentenza. Questo in linea di diritto, ed è cosa difficile a comprendersi. Ciò farebbe nascere in qualcuno il dubbio che quella formola *questione identica* alluda ad un rapporto di fatto fra la causa che ora si decide o quella che dovrà decidersi un giorno. Osta per altro a tal conclusione quella stessa formola che appartiene effettivamente agli ordini del diritto: *questione identica al diritto.* Certo è questa fra le disposizioni della procedura una delle meno accessibili. Essa aspetta il momento dell'applicazione per mostrare la sua difficoltà.

2. Del resto la questione dev'essere *vertente;* e rende inutile il disputare degli scrittori francesi *se possa provarsi con testimonii* la pendenza di un affare consimile. Deve provarsi la lite, e questo non si fa per testimonii; il nostro articolo è chiaro. Ma è forse un bene? Tenuta in serbo una grossa questione (come facevano in un certo Stato certi giudici supplenti, che erano anche avvocati), prima di darla fuori, il giudice si potrebbe provare a deciderla in senso favorevole a sè o a' suoi parenti: tanto la materia è scabrosa e sfugge alla regola!

5° Se una delle persone indicate nel numero precedente abbia credito o debito verso alcuno dei litiganti, o abbia lite pendente davanti un tribunale in cui il litigante segga come giudice;

1. Se un mio parente di terzo o quarto grado è debitore, poniamo di dieci lire, verso un Tizio che litiga per tutt'altra causa avanti il mio tribunale, potrò esser ricusato per sospetto di parzialità? Abbandono questa legge alla considerazione del legislatore futuro. Ragionevole nella esistenza d'interessi di qualche rilievo fra il giudice, la moglie o il figlio del giudice col litigante, la legge per avventura si estende nello spirito oltre le parole? Anche *senza credito o debito*, vale a dire a conti ragguagliati e pari, possono esistere *rapporti di debito e credito;* come fra locatore e locatario, fra il capitalista e il pagator della rendita. La estensione tuttavia non può ammettersi. È chiaro che dicendosi *debito* o *credito* s'intende *non istantaneo*, come se domani scadendo la pensione io la pagherò nel giorno dopo, ma di maniera che costituisca lo due parti in una certa condizione permanente, per non volersi o potersi pagare il debito, o prolungandosi la difficoltà del pagare o del riscuotere. Nasce allora quel malessere, mi permetterò questa frase, quello stato d'indisposizione d'animo;

lo stimolo d'altra parte e la inclinazione di favorire (ciò specialmente) il creditore per averlo più arrendevole, e Dio non voglia, per pagare con questo mezzo il debito. Onde il PIGEAU (t. I, p. 427) insegna che tra giudice debitore o creditore di rendita, col rispettivo creditore o debitore, non si verifica l'impedimento, se non vi siano degli arretrati. RODIER ci attesta che l'anteriore giurisprudenza francese, che viveva con una legge simile, era incerta e qualche volta variò; per altro il CARRÉ, quest. 1377, rammenta che generalmente fra locatore, per es., e inquilino vi poteva essere il giudice, salvo che non ci fosse propriamente pensiono scaduta e in debito.

S'intende un po' meno perchè il giudice *creditore* possa esser ricusato: fors'è nel suo interesse di procurare al suo debitore dei vantaggi, facendogli il regalo di una sentenza favorevole.

2. **Questione.** — *Se l'articolo abbia applicazione qualora il credito del litigante verso il giudice, o viceversa, derivi da cessione.* Dal lato del giudice *cessionario del creditore del litigante* la questione sembra avere poco interesse. S'egli era già cessionario del credito prima della lite, egli è già in una condizione di ricusabilità. La disputa non è senza qualche gravità nel contrario caso. Era già una saggia legge, di tempo un po' antico, in Francia, l'Ordinanza del 27 maggio 1705, che proibiva ai litiganti di farsi cedere dei crediti contro il giudice per levarlo di seggio, ricusandolo di sospetto; disposizione che non fu poscia mai più riprodotta nè nel Codice civile, nè in quello di procedura, nè in verun'altra legge. Nondimeno un senso di moralità conduce a ritenere che il litigante non possa crearsi egli stesso il mezzo per ricusare il giudice, e togliergli con ciò la giurisdizione di cui era legittimamente investito (CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 1374; DELAPORTE, t. I, p. 350; THOMINE, t. I, p. 591 e 592). *Ma se l'acquisto del credito ha un'origine non sospetta, una origine che non si può in verun modo imputare al creditore*, per es., se, correndo la lite, egli divenne erede di un tale ch'era creditore, e vogliate anche supporlo d'ingente somma, verso il giudice, non ricadrà il giudice, avanti il quale già pende la causa, nella condizione preveduta dal presente numero dell'articolo 116? Così posta, la questione è più semplice di quella che gli scrittori francesi si propongono. Anzi non vi è nessun dubbio che non possa esser ricusato. Non bisogna perder di vista che l'*interesse della ricusa non è nel creditore*, originario o posteriore, ma sì dell'avversario suo, che si sgomenta di vedere il giudice, per così dire, dominato da lui. Dirò di più: è sempre difficile che si acquisti un credito contro il giudice per costringerlo ad abdicare: per lo più si fa per averlo favorevole, e quasi a sè ligio. Ma se c'è artificio, questo medesimo artificio non darà forse buon giuoco alla parte contraria per sottrarre il giudice da una seduzione che si è tramata intorno a lui, invocando la legge? la legge abbastanza generale per non escludere questa ipotesi, abbastanza giusta per non accordare un valore legittimo agli argomenti della frode?

6° Se nel precedente quinquennio si sia agitato processo criminale o correzionale tra una delle persone indicate nel numero 4° e uno dei litiganti o il suo coniuge, o uno dei suoi parenti o affini in linea retta;

7° Se tra le persone indicate nel numero 4° e una delle parti si agiti lite civile, o siasi agitata e non sia stata definita sei mesi almeno prima della ricusazione;

Nel silenzio del Codice francese variamente si dubitò (DELAPORTE, CARRÉ, THOMINE, FAVARD, ecc.) se fosse o no da ammettersi la ricusa a fronte di un processo correzionale o di polizia: e si dissero le ragioni. Ora è cosa decisa: e delle quisquiglie di polizia non si tien conto.

Quanto al n° 7 si domanda *se, intentando egli stesso contro il giudice una lite posteriormente a quella di cui fa parte, possa il litigante valersene per ricusarlo?* L'art. 378, n° 6, del Codice di procedura civile francese ha questa espressione: *Et que ce procès s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation a été proposée.* Non dunque una *lite posteriore.* Le identiche parole contenne l'articolo 472, n° 6, del Codice di procedura civile sardo del 1854: disparvero da quello del 1859, e tacciono puro nel presente. Tutto ciò è ben significativo. Ma forse la redazione migliorata vuol dire lo stesso? Bisogna ben ritenerlo, *se si agiti lite civile*, o *siasi agitata*, ecc. Nessun'allusione al futuro. Perchè adunque si possa opporre l'eccezione di ricusa per causa di lite, *occorre che questa sia anteriore, vuoi finita o ancora pendente.* Ma riflet-

tiamo che una incontestabile necessità può costringer talvolta a romper lite al giudico mentre siede per giudicarmi: faccio il caso che, possessore limitrofo, egli abbia fatto molestia al mio possesso, attraversate le acque che scorrono pel mio canale; onde io debbo, mal mio grado, intentargli contro un'azione possessoria. L'articolo è poi tanto severo da non ammettere la interpretazione della ragione?

È d'uopo distingnere *tra l'atto puramente volontario della parte che suscita la lite* ad uno scopo più o meno palese di farsene un mezzo per ricusare il giudice; e quello a cui uno vi è costretto a conservazione de' suoi diritti. Perciò dice la dottrina francese che, onde si faccia luogo alla ricusa, attesa la lite posteriormente intentata, *il giudice dev'essere attore* (PIGEAU, t. I, p. 477; THOMINE, t. I, p. 592; DALLOZ, t. II, p. 542, n° 7). Io vado più avanti. Dico non doversi risolvere altrimenti se, quantunque il giudice non sia propriamente attore, *dia giusto e ragionevole motivo di esser chiamato in giudizio.* Ho fatto la ipotesi di molestie inferite al possesso. Essa è ben decisiva. L'attore in giudizio di azione possessoria non è propriamente un creditore, e quindi non rientra nel disposto del n° 5. È uno che promuove una lite contro il proprio giudice: ma per una causa che nasce da questo, sia o no legittima. Egli opera *coactus;* ma se si trattasse di altra causa qualunque *estranea al fatto del giudice,* anche nella miglior buona fede, non gli gioverebbe, per ricusarlo, la nuova lite.

8° Se sia tutore, curatore, protutore, agente, erede presunto, donatario, padrone, o commensale abituale di una delle parti; se sia amministratore o gerente di una società, direzione, unione, o di uno stabilimento che abbia interesse nella causa; se una delle parti sia agente, commensale abituale, donataria o erede presunta di lui;

1. **Padrone.** — Nel luogo in cui è posto questo vocabolo ha un senso direttamente proprio, quello che si contrappone a *servitore* (francescamente *domestico*). Non cercate il *dominus* (che *ha in dominio*) del Vocabolario; non cercate neppure il suo derivato *padronanza*, avvisato da Tommaseo. Basta di meno alla legge per entrare in sospetto, per non veder più chiaro di questo giudice. Chi volesse andar in traccia di questo medesimo vocabolo lungo i Codici, forse non gli verrebbe fatto di incontrarlo. Antipatico alla libertà, per quanto può, si nasconde. All'articolo 1803 del Codice civile albertino si leggeva: *Si presta fede al* PADRONE *sopra la sua giurata asserzione* (era il conduttore delle opere e della industria); il nuovo Codice non riproduce nè quella disposizione, nè quella parola. Nondimeno vi si scorge che la voce *padrone*, usata in questo numero dell'articolo, benchè termine immediato di opposizione con *servitore* o *domestico*, è suscettivo di estensione. I miei coloni parziarii non sono i miei *servitori*, e in realtà sono i miei socii. Eppure io sono il loro *padrone* una volta che io mi pongo a giudicare la loro lite. Io posso esser ricusato, e non ho a lagnarmene. Ma quali saranno dunque le basi di codesto concetto? *La relazione rispettiva di superiorità e di dipendenza; ma o abituale, o non del tutto momentanea;* suppongo sempre la relazione *attiva* nel giudice: guai se fosse passiva! La continuità, una certa durata, è un estremo indispensabile, formando il *vincolo*, o d'interesse o di affezione, di una speciale benevolenza pur anco, o, in fine, di una tal quale domesticità: vincolo che non nasce da un rapporto momentaneo. Ecco perchè non potrebbe dirsi *padrone degli operai* il giudice che ne conduce l'opera secondo il bisogno dei suoi opificii e della sua abitazione, da lui non salariati, ma pagati a lavoro. Il *padrone di casa* ove il giudice alloggia non è il suo padrone; nè il giudice *padrone di casa* lo è del suo inquilino, che viene a piatire innanzi a lui (*V.* in sensi diversi e idee poco chiare BERRIAT SAINT-PRIX, p. 327, n° 16; *Nouv. Répert.*, v° *Récusation*, § 1, p. 685; CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 1377).

2. **Commensale abituale.** — Chi mangia ogni giorno al mio desco, in compagnia di me solo, è mio intrinseco: amico non dirò, ma intrinseco certamente. Dopo quella del matrimonio, direi che questa è la famigliarità suprema. Quando il numero dei commensali si estende, la famigliarità decresce in ragione inversa: si va sino al parassito; tuttavia siamo ancora nei termini della legge. Se l'invito fosse meno frequente, periodico, settimanale, per es., o mensile, succederà una relazione d'amicizia; di quelle amicizie che non possono legittimare il sospetto, perchè son troppe: mancherà lo estremo dell'*abitualità*. Chi divide la mensa in pensione, per es., al trattore, sia pure ogni dì, pagando ognuno per sè, *è commensale abituale l'uno dell'altro?* A rigore no: ma non è possi-

bile in questa delicata materia fissare delle regole positive: una grande influenza è sempre riservata alle speciali circostanze del fatto. (Per la legge francese il mangiare e il bere con una parte autorizza la ricusa, articolo 378 del Codice di procedura civile. Gli arbitri consultati dalle due parti sarebbero come equilibrati, riposando pressochè fra due guanciali. Così hanno deciso gli scrittori che si son degnati di occuparsene, PIGEAU, THOMINE: così la Cassazione francese, nel 16 novembre 1825, *Journal Av.*, t. XXX, p. 187.)

9° Se abbia dato consiglio o prestato il suo patrocinio nella causa; se abbia fatto somministrazione per le spese; se ne abbia conosciuto come giudice di prima istanza o come arbitro; se abbia concluso come ufficiale del ministero pubblico, o deposto in essa come testimonio, o come perito;

10° Se un suo parente o affine in linea retta, e in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente, difenda la causa come avvocato o procuratore;

Il *dar consiglio* non è enunciare, proferire *un avviso* sulla causa. L'Ordinanza del 1667 ne aveva fatto un motivo di sospetto. Fu rimarcato che la nuova legislazione l'ebbe lasciato cadere (LOCRÉ, t. XXI, p. 497). Qualche altra volle dirlo e lo disse (Regolamento legislativo e giudiziario romano, § 1054, n° 4). Per altro l'opinione affermativa non manca di autorevole appoggio (SCIALOJA, *Trattato delle azioni possessorie*, *Commentario del Codice sardo*, vol. 1, part. II, p. 771). Si deve distinguere: un avviso enunciato in voce, in via di discorso, senza intenzione, molto meno se fra colleghi (come per lo addietro qualche tisico legale persino dubitò), non è motivo di ricusazione. Non pregiudica un avviso di questa maniera, e ben presto, per nuovi riflessi, potrà cangiarsi (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 665 e 666). Sarei d'altra opinione se fosse *per iscritto*, nel qual caso può benissimo tenersi per una consultazione, non richiesta se volete, ma tale che favorisce non meno, benchè indirettamente, di consigli le parti; e fa groppo, per così esprimermi, al definitivo avviso del giudice. *Ma dev'essere un parere sulla specie, riguardante la causa:* notevole ancora, perchè potrebbe in qualche caso mostrare un interesse un poco troppo vivo. Altro sarebbe trattandosi di una conclusione astratta, generale, scientifica; il professore e lo scrittore bandiranno oggi una massima che dovranno applicare domani; e fanno benefizio a molti, ingiuria a nessuno.

11° Se vi sia inimicizia grave fra lui e uno dei litiganti.

1. Al n° 11 dell'articolo 442 del Codice di procedura sardo del 1859 si leggevano ancora queste altre parole: *O se egli* (il giudice) *abbia dopo introdotta la causa, o nel semestre precedente alla ricusazione, ingiuriata, insultata, minacciata una delle parti.* Era un pleonasmo. L'articolo francese (378, n° 9) dice *inimicizia capitale:* e questo è troppo. La *inimicizia* non si manifesta sempre con atti clamorosi, con ingiurie e colpi di stocco! È qualcosa di terribile un giudice che si crede nemico. Al giureconsulto Cajo bastò che tale si affermasse: *Nisi si justam causam adferat quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse adfirmet* (Leg. 9 Dig. de libera causa). Ingenerava sospetto il chiedere che una parte facesse un determinato giudice, e doveva negarsi: *Ne is judex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse* (Leg. observandum Dig. de judic.). Se amico di una parte, avverso all'altra. Ma il senso della libertà giudiziaria era più delicato in quei tempi; i giudici non erano composti dallo Stato che li veglia con occhio geloso; e chi ha un cattivo affare, è dal canto suo nemico del giudice probo o saggio. La *inimicizia grave* dovrà provarsi, non genericamente, ma *con fatti caratteristici della inimicizia.*

2. Le cause d'inimicizia possono cessare, ma la fiducia non ritorna più; non si dà *ricusazione condizionale.*

Articolo 117.

Non è luogo a ricusazione per essere il giudice parente o affine del tutore, protutore, o curatore di una delle parti, o degli amministratori o gerenti di uno

stabilimento, di una società, direzione o unione di persone, salvo che essi vi abbiano un interesse personale.

Articolo 118.

I motivi di ricusazione dei giudici sono applicabili agli uffiziali del ministero pubblico, quando non sia parte principale.

Sono applicabili al pretore anche quando presiede al consiglio di famiglia.

Annotazioni.

1. Il pubblico Ministero o esercita l'azione, o è chiamato dalla legge a rendere le sue autorevoli consultazioni nelle cause per altri intentate. In ogni caso la sua è una missione di ordine e di tutela pubblica; ma nel primo è *diretta*, nel secondo è *occasionale* (*partie jointe* secondo i francesi). Nel primo opera per sè di proprio moto, spontaneità e indipendenza; nel secondo *interviene*. Al pubblico Ministero, e soltanto a lui, appartengono, anche nella sfera e nel cerchio dei giudizi civili, funzioni che possono distinguersi in *repressive* (art. 62, 315), *regolamentari* (art. 142, 143), *direttive nell'interesse particolare* (art. 505, 801, 802, 815, 836, 840, 844, 876, 881, 914), *direttive nell'interesse generale* (art. 519, 845). Interviene e dà il suo consulto nelle cause designate nell'art. 346. Il diritto di ricusazione, che si estende sino ad esso, è indirettamente un omaggio alla legittima e ponderata influenza che ottiene nella decisione delle cause; lasciando ora da parte se questa medesima influenza sia da desiderarsi (almeno nell'attuale organizzazione) nelle cause dei privati. Il Ministero pubblico è ricusabile per la stessa ragione e per i motivi stessi dei giudici: perchè appunto il suo voto, benchè consultivo, ha un'autorità ben meritata e ben temibile.

2. Il capoverso dell'articolo è una novità, una novità utile; un *progresso morale*. Il pretore, nella sua qualità di giudice, è senza dubbio ricusabile. A questo magistrato sono affidate altre funzioni, che, *quantunque inerenti alla qualità della magistratura*, portano la sua attività ad esercitarsi sopra un campo essenzialmente amministrativo. In presenza di una legislazione così positiva, e di una legislazione che ha sentito il bisogno di spiegarsi, rimangono senza interesse le disputazioni che già si fecero intorno a questo medesimo tema della ricusazione del giudice di mandamento, come preside e direttore di un Consiglio di famiglia. Quel magistrato, applicato a tale funzione, riveste invero un carattere misto di amministratore e di giudice, ma è facile a scorgere che quello di giudice rientra, si può dire, totalmente in quello di amministratore; ed è giudice nel senso nel quale possono esserlo tutti coloro che hanno imperio amministrativo, i quali, mentre organizzano, rendono anche veri giudizi e degli uomini e delle cose. Nondimeno se la presidenza e la direzione del Consiglio di famiglia è affidata a un magistrato dell'ordine giudiziario (le cui attribuzioni vedremo a suo luogo), giusto è bene che la sua posizione soggiaccia alla influenza di quelle leggi che ne tengono in isquadra, per così dire, la condotta morale, e formano una delle sue guarentigie sì rispetto all'opinione pubblica, che ai privati interessi. Legge morale è quella che provvede alla moralità; noi l'accettiamo con riconoscenza. Come possono facilmente perire in mano a un giudice passionato i preziosi interessi degli orfani e dei pupilli! Non ha guari la questione si presentò nuova nella Corte di Cassazione ove ho l'onore di sedere. Era ancora in vigore la procedura del 1859, e vere e gravi difficoltà sorgevano. Ma nacque una decisione favorevole a questo sistema, preludio della nuova legge.

3. **Difficoltà della procedura.** — È una legge di qualità e d'organismo giudiziario, che bisogna innestare in una istituzione, qual è quella dei *Consigli di famiglia*, stragiudiziale e sistemata sopra altre basi. Bisogna adottare una procedura d'analogia, che verremo dichiarando a suo luogo.

Articolo 119.

I giudici e gli uffiziali del ministero pubblico devono astenersi, quando vi sia un motivo di ricusazione da essi conosciuto, ancorchè non proposto.

Le corti e i tribunali possono concedere il diritto d'astensione ai giudici e

agli uffiziali del ministero pubblico, per ragioni di convenienza che non siano annoverate dalla legge tra i motivi di ricusazione.

Annotazioni.

1. Il *diritto d'astensione* corrisponde alla liberalità della istituzione. C'è stata qualche legislazione gelosa degli attributi della magistratura, e si direbbe dei proprii poteri, che pretese dovere il giudice ricusato rimanere al suo posto sino alla decisione del sospetto; e a mostrare qual prezzo attaccava lo Stato a un giudizio di questa natura, ne faceva caso della giurisdizione suprema (Regolamento pontificio, §§ 1055 e 1065). Invero l'opposizione rivolta alla persona del giudice può essere veduta *a priori* sotto due aspetti diversi: può presupporsi mossa dalla intensione di rifiutare l'autorità come tale, e allora non si deve conceder nulla, il giudice deve star fermo, egli rimane in possesso della sua giurisdizione finchè il massimo tribunale non abbia pronunciato l'oracolo; il giudice non può come un privato disporre di se stesso e apprezzare i motivi della ricusa che gli sono personali. Vi è un altro modo di vedere la cosa. La legge meno gelosa degli attributi dello Stato che sollecita di sgombrare tutte le ombre che possono oscurare il sereno della giustizia, è pronta al richiamo; preferisce che un giudice si ritiri e ne sottentri un altro, al prolungare e persino allo iniziare una lotta, ove, per quanto lieve, la giustizia è sicura di esser battuta. Questa legge parte dal principio che *il diritto di ricusa è radicato nella libertà del cittadino*, laddove nel contrario sistema *la ricusa è una eccezione che può ammettersi, ma, sino a ragioni vedute, deve considerarsi come uno stato di flagrante opposizione all'ordinamento legale.*

Quanto più si cammina nelle idee di libertà, questo concetto ingrandisce. Io ho osservati i passi delle legislazioni che si succedono; e trovo che la presente si è fatta avanti. Per l'articolo 444 del Codice del 1859 i giudici *che riconoscevano in sè qualche motivo di ricusazione, erano tenuti a farne la dichiarazione al tribunale;* e allora in Camera di consiglio si deliberava, senza il loro intervento, sentito il pubblico Ministero, se dovessero o no astenersi. Ora l'astenersi *è rimesso alla coscienza del giudice*, ed anzi se ne fa ad esso un rigoroso dovere ove ne senta nell'animo la verità, eziandio non proposta la censura. Ora io qui debbo avvertire che la giurisprudenza francese ammette, benchè non senza discussione tra gli autori, che il giudice ricusato possa ritirarsi senza aspettare la decisione; ed anche, se vuolsi, immediatamente (Cassazione francese, 2 giugno 1832, *Journal Av.*, t. XLIII, p. 688). Ma è un canone di quella legislazione che il giudice non può astenersi a sua volontà, *car il ne peut de son propre gré se dispenser des devoirs de sa place* (CARRÉ, all'art. 380). Evidentemente si parte da un diverso principio: qui dalla legge dello Stato; là dalla legge della coscienza.

2. Il capoverso dell'articolo, in ciò conforme alla disposizione del Codice precedente, è andato anche più oltre. S'incarica della *convenienza:* ne fa un affare interno, e quasi di famiglia: può ben dirsi che la delicatezza è rispettata sino allo scrupolo. Vero è che ciò non si attiene propriamente alla eccezione di ricusa, anzi suppone che non ci possa essere, ma si rivela lo spirito che presiede a tutte queste disposizioni.

3. *Se il giudice, non ricusato, possa astenersi in corso di lite, e dopo aver presa cognizione della causa.* Si è dedotto qualche volta argomento da quell'articolo che stabilisce il termine dopo il quale non può più proporsi la ricusa (*V.* art. 121). Rinuncia all'eccezione chi non la propone nel termine legale: ciò nel rispetto obbiettivo; ma nel subbiettivo, nella coscienza, il *troppo tardi* non si conosce (CARRÉ, quest. 1390). Se ne potrebbe abusare, io ne convengo, ma bisogna dare la sua parte alla naturale probità del magistrato, alla cui morale garantia sì grandi interessi sono affidati; e non pretendere di regolare ogni cosa colla bacchetta del pedagogo.

Articolo 120.

La cognizione dei motivi di ricusazione dei giudici di un tribunale, di una corte, o degli uffiziali del ministero pubblico spetta al tribunale o alla corte cui essi appartengono, o presso cui esercitano le loro funzioni.

La cognizione dei motivi di ricusazione spetta se di conciliatore al pretore, e se di quest'ultimo al tribunale civile.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Da questo momento si comincia a descrivere la procedura della *ricusazione formale*. Quando una parte esige per forza di diritto che sia tolta al giudice la cognizione della causa, e la contraria sia costretta a riceverne un altro che non sarebbe quello che è destinato dalla legge, o almeno proposto nell'ordine consueto, si fa luogo al giudizio di ragione. Trattandosi di giudice singolare, è d'uopo ascendere al superiore immediato.

2. È facile applicare questa disposizione al *pretore* quale *preside del Consiglio di famiglia* (*V.* art. 118). L'omologazione degli atti consigliari è uno degli attributi che il tribunale ritiene con una missione tutta speciale (art. 815). Così a doppio titolo i motivi di ricusazione, il sindacato che ne consegue, sono sottoposti al *tribunale*, o si consideri il magistrato ricusato come giudice, o come capo e presidente del Consiglio di famiglia.

3. **Questione.** — *Il pretore esercitando le altre attribuzioni della sua carica, oltre quelle osservate di giudice nell'ordine contenzioso e di preside del Consiglio di famiglia, può cadere sotto la censura della ricusazione?* Valga ad esempio l'attribuzione dell'*apporre i sigilli* (art. 847), di ordinare l'inventario (art. 866), di provvedere sull'istanza di deposito (art. 952). È motivo di dubitare che il pretore, anche in simili casi, esercita funzioni di giudice. In contrario si nota che il pretore presta un ufficio del tutto conservatorio e necessario; che non pronuncia veruna decisione; che, quantunque giudice, egli, in questa bisogna, non funge propriamente che atti d'amministrazione; che la sospensione recherebbe forse danno irreparabile alla cosa stessa e ai comuni diritti degli interessati: ragioni che, a mio avviso, preponderano per escludere il diritto della ricusa. Questa conclusione ha pure l'appoggio del DALLOZ (*Répertoire*, v° *Récusation*, n° 82) e del CARRÉ (quest. 184).

Articolo 121.

La ricusazione deve farsi con ricorso al presidente:

1° Tre giorni prima dell'udienza, quando al ricusante sia noto il nome dei giudici o dell'uffiziale del ministero pubblico, che in quell'udienza sono chiamati a prendere parte nella causa;

2° Prima della discussione, nel caso contrario. La ricusazione di un pretore o di un conciliatore si fa con dichiarazione depositata nella cancelleria rispettiva prima della discussione.

Annotazioni.

1. Come può esser *noto* o *ignoto* il nome del giudice o dell'uffiziale del pubblico Ministero? Il nostro articolo volendo usar parsimonia di parole, si è messo nel bisogno di una spiegazione. La domanderemo all'articolo 447 or ora cessato: *La ricusazione deve farsi dal procuratore tre giorni prima della udienza, quando per la formazione delle Classi o Sezioni, o per la designazione contenuta nella citazione, fosse noto il nome dei giudici o dell'ufficiale del pubblico Ministero, che in quella udienza devono sedere.* Potrà forse con altro mezzo stabilirsi la cognizione da chi ha interesse di sostenere la decadenza, e si può anche credere che a ciò riflettendo il redattore dell'articolo abbia preferita una espressione generale; in verità troppo generale, lasciando materia di fare una disputa, a pura perdita di tempo, intorno alla cognizione che uno può avere e al modo di procurarsela, per es. ricercandone in cancelleria. Anche a Sezioni formate, mentre le persone dei consiglieri si alternano nel seggio, come avviene in più Corti, la cognizione che la legge richiede non sarà acquisita, almeno ad esserne certi. L'articolo è un po' claudicante.

2. Non essendo noto il nome del giudice, la legge è contenta che l'atto si faccia *prima della discussione*. I Francesi hanno *avant le commencement de la plaidoirie* (art. 382). È palese che in quel primo caso si è voluto guadagnare un po' di tempo, a preavviso del giudice, a prevenire una inutile adunanza, qualche volta uno scandalo. Fermarsi alquanto su questo punto non è un occuparsi *de minimis*, perchè vi si potrà attorcigliare, quando che sia, una rabida questione di decadenza. Intanto si domanda se con quelle parole *la ricusazione deve farsi*, la legge abbia voluto significare che l'*atto completo* deve farsi (per certo consistente *e nel ricorso* (art. 123) *e nella comunicazione al giu-*

dice e all'altra parte (art. 124), dopo che rimane paralizzata la giurisdizione di lui, e la causa si sospende. Io ritengo che per adempiere alla prescrizione di questa legge, e salvarsi dalla decadenza, basti la prima parte; basti l'atto di ricorso; e ciò per la ragione seguente. Che la *comunicazione è atto del cancelliere*, e non potrebbe annoverarsi tra gl'incombenti della parte ricusante. Osservo inoltre che l'art. 123 qualifica *atto di ricusazione* quello ch'esso descrive; e così distinguendo l'*atto dai suoi effetti*, credo potersi rispondere.

3. *Ma di quale udienza parla la legge?* Certo di quella in cui si tratterà il merito della causa per *definitiva sentenza*. Sino adunque a quella udienza si ha tempo; malgrado più altre udienze siano trascorse, con pronuncie interlocutorie, o la causa fosse rinviata. Si ritiene ugualmente, rapporto alla *discussione*, che sempre si riferisce a quella a cui fa seguito la sentenza definitiva (Thomine, t. I, p. 595; Chauveau in Carré, quest. 1393 bis; Dalloz, *Répertoire*, v° *Récusation*, n° 106).

4. **Questioni.** — *a) La ricusazione non proposta in prima istanza potrà proporsi in appello?* La risposta è negativa. Più e più volte è stato deciso che giudice non ricusato è giudice accettato; se gli si permette di sedere e decidere la causa, invano si ricorrerà a tardo e, per così dire, postumo rimedio (Corte d'Orléans, 31 maggio 1811; di Rennes, 8 luglio 1819; di Tolosa, 13 maggio 1826: Cassazione francese, 18 febbraio 1828; 18 giugno 1828; 11 novembre 1829, e 30 luglio 1833, ecc.). Lo stesso dicasi degli ufficiali del pubblico Ministero. La eccezione portata in appello non avrebbe altro scopo che di far annullare il giudicato sotto il pretesto del concorso di un giudice inabile, il che non può concedersi. Non è neppure a dirsi se possa proporsi per la prima volta in cassazione (Cassazione francese, 11 novembre 1829, 20 aprile 1841, Dalloz, v° *Récusation*, n° 11). Nondimeno, per qualche decisione dei tribunali francesi, si vede limitata la regola generale che concerne il tempo della ricusazione, cioè avanti la discussione, *nel caso che si fosse chiamato improvvisamente alla udienza un giudice supplente o un avvocato*, onde mancò il tempo a preparar l'atto. In questo caso pertanto si ritiene esser opponibile in appello la ricusazione ad infirmare la sentenza (Bourges, 27 luglio 1821, Chauveau in Carré, quest. 1392). Si potrebbe obbiettare che almeno la parte doveva protestare all'udienza; ma si replica che l'atto di ricusazione è essenzialmente scritto, manifestando la legge una decisa ripugnanza contro la indecenza di un attacco verbale alla pubblica udienza. Il seguente articolo 633 è pur esso esclusivo di qualunque dichiarazione verbale, che non potrebbe certamente aver valore di un vero e formale atto di ricusazione. Ma io debbo subordinatamente osservare che, quantunque la legge detti la norma dell'atto che certamente non può esser diverso, non proibisce una rispettosa rimostranza all'udienza, una istanza, sia pure del procuratore, inoltrata al presidente e confidata alla sua prudenza; e io dubito assai che dopo essersi discussa la causa largamente e confidentemente, a causa perduta, si potesse di poi venire in appello a domandare la nullità della sentenza. Io suggerisco questa cautela, e spero non senza ragione.

b) Ma in verun caso potrà annullarsi la sentenza per cause che impediscono al giudice di portare il suo avviso in quella contesa, non denunciate in prima istanza coll'eccezione della ricusa? Il quesito è gravissimo, e ci costringe a dividere la breve trattazione in due parti molto distinte.

La prima riguarda le cause o *sopravvenute* o *ignorate*. Debbo toccare in prima di quelli che io soglio chiamare *precedenti storici*. L'articolo 382 del Codice di procedura civile francese imponendo di far precedere l'atto di ricusa alla discussione, aggiunge: *A moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement*. Posteriormente alla discussione. Nell'articolo 476 del Codice sardo del 1854 (che fissava termini alquanto diversi) si leggeva la disposizione medesima. In quello del 1859 non si vide più riprodotta; nè in questo si vede. Soppressione significantissima senza dubbio, che denota un cangiamento di veduta nel legislatore. Invero è cosa assai difficile che in quell'intervallo fra la discussione e la sentenza capiti proprio l'impedimento: nondimeno non è impossibile. Ma noi non possiamo aggiungere alla legge che avrà avuto le sue buone ragioni. Oltre la massima *de raro contingentibus*, avrà considerato che più danno che utile nell'interesse della giustizia si verrebbe a raccogliere rinnovando tutta la lite già pervenuta al suo termine; avrà avuto maggior confidenza nella probità del giudice, nell'oculatezza de' suoi colleghi, se ne ha. Checchessia la legge è questa. E meno certamente potrebbe il litigante venir piatendo in appello ch'esso non conobbe i motivi onde avrebbe potuto ricusare il giudice, e non li conobbe che dopo.

La seconda avvertenza accenna ad una limitazione di questa che può dirsi regola ge-

nerale, e suppone: 1° *l'ignoranza dell'impedimento o la sua comparsa dopo il termine legale;* 2° *tale una specie e qualità d'impedimento che per un principio di diritto superiore a tutti gli ordinamenti positivi, e scritto nella essenza stessa delle cose, rende incompatibile l'ufficio di giudice.* Tal è quel principio di diritto naturale: *Nemo potest esse judex in causa propria.* O l'altro: *Lis nobis nulla esse potest cum eo quem in potestatem habemus.* Del primo fu detto: INIQUUM *aliquæ suæ rei judicium fieri* (Leg. 17 de jud.). Un dolo profondo si sarebbe insinuato per parte del giudice (poichè qui si suppone un interesse proprio, diretto, evidente): e sarebbe a vedersi se fosse da applicarsi il rimedio della rivocazione. Nell'altro caso mancherebbe il fondamento primissimo, costitutivo dello stesso giudizio, che il giudice e il litigante siano persone distinte; e giudizio non ci sarebbe. Mi compiaccio di vedere già consacrata da decisioni questa dottrina della verità e della ragione (Cassazione francese, 14 ottobre 1824, *Journal Av.*, t. XXIX, pag. 123; Bourges, 18 marzo 1828, *Journal Av.*, tom. XXXVII, p. 106). Una prova immediata, luminosa, in appello o in rivocazione (non voglio ora decider quale), per certo farebbe crollare il primo giudizio. Siffatte eccezioni, che attaccano la essenza del giudizio, si proporrebbero indipendentemente dalla querela di ricusazione.

Articolo 122.

Quando si tratti di ricusare un giudice delegato per l'esecuzione di una prova o per altro atto d'istruzione, la ricusazione deve farsi entro giorni tre da quello in cui divennero esecutivi la sentenza o il provvedimento di delegazione.

Annotazioni.

1. Questo articolo toglie di mezzo la quostione *se possa ricusarsi il giudice delegato dopo che si è arringata la causa avanti lui come membro del tribunale* (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 603). Oltre la regola summentovata, che per discussione s'intende quella che ha luogo nella udienza in cui va definita la causa, si aggiunge questa chiara disposizione. Fu già osservato da PIGEAU che la delegazione, all'effetto di assicurare una prova, attribuendo al giudice una speciale influenza, risveglia con maggior forza la suscettibilità del litigante che vive nel sospetto di quel giudice.

2. **Questione.** — *Se il giudice delegato, che viene ricusato, non appartiene al tribunale delegante, ma ad uno diverso, da quale sarà giudicata la causa della ricusa?* Malgrado si abbia ad anticipare alquanto sopra alcuno degli articoli seguenti, la ricerca non può aver altro luogo più opportuno.

Precedenti storici. — RODIER, illustrando l'articolo 10 del titolo XXII della Ordinanza del 1667, portò opinione che il giudizio dovesse al tribunale delegante spettare, nel che fu censurato dal CARRE che desumeva il suo criterio, com'egli diceva, dallo spirito del Codice, perchè la lettera era muta (quest. 1398). FAVARD DE LANGLADE (t. IV, p. 767, n° 4), indi il CHAUVEAU (alla detta questione) si unirono alla sentenza del CARRE. Il DALLOZ, recandosi a sua volta su questo esame, osserva una certa discordanza tra le regole di competenza e quelle della procedura, e si viene aggirando intorno a questa difficoltà. È a vedersi *dove il giudice ricusato emetterà la sua dichiarazione.* Il DALLOZ accetta un metodo proposto dal BOURBEAU. Partendo entrambi dal principio che *spetta al tribunale delegante* il conoscere della ricusa, anche perchè investito del merito della contesa è più in grado di giudicarne, adottano: che il giudice ricusato farà la sua dichiarazione nella cancelleria del proprio tribunale; il cancelliere ne rilascierà spedizione, la trasmetterà egli stesso alla cancelleria del tribunale delegante, che pronuncierà il suo giudizio (DALLOZ, *Répertoire*, v° *Récusation*, n° 99).

Soluzione. — A noi è già preparata dall'articolo 120: *La cognizione spetta al tribunale al quale il giudice delegato appartiene, o presso il quale esercita le sue funzioni.* Meglio la un dettato della procedura, è questa una *dignità*, un principio fondamentale della competenza, una ragione potentissima d'ordine: che il giudice attaccato per motivi personali, in materie che riguardano l'uffizio suo, e trattandosi di conoscere dell'abilità sua a continuare in quello, se appartiene ad un collegio, da esso dev'essere giudicato. È uno dei diritti della personalità del giudice. Che se il giudice delegato è per caso un pretore, la legge ha fatto anche a lui il suo giudice, ed è il tribunale da cui dipende. E questo è l'ordine naturale della competenza, nè alcuno può es-

serne distratto per cause accidentali; d'altra parte è ben chiaro che il rito dovrà essere prudentemente accomodato con modi analoghi a questo effetto, qualora non venisse regolato da disposizioni abbastanza precise.

Articolo 123.

L'atto di ricusazione deve indicare i motivi e i mezzi di prova, ed essere sottoscritto dalla parte o da un procuratore munito di mandato speciale a quest' oggetto, per la cui presentazione l'autorità giudiziaria può accordare un termine conveniente.

Articolo 124.

L'atto originale di ricusazione è dal cancelliere comunicato immediatamente al giudice o ufficiale ricusato, e copia dell'atto stesso è notificata all'altra parte.

Dal giorno della comunicazione rimane sospeso il corso della causa. Se vi sia urgenza di procedere a qualche atto d'istruzione, l'autorità giudiziaria, che deve pronunciare sulla ricusazione, può ordinare che vi si proceda da altro giudice, o colla assistenza di un altro ufficiale del ministero pubblico.

Annotazioni.

1. La legge francese è più severa in fatto di prove. L'articolo 380 fa lecito al giudice di *rejeter la récusation* se l'eccipiente non porge *un principio di prova scritta*. Metodo arbitrario, e che non si saprebbe in qual modo giustificare. *Indicare i motivi e i mezzi di prova:* ecco tutto quello che esige la nostra legge. Già una gran parte dei motivi proposti dalla legge non potrebbe aspirare alla prova scritta; e la prova, a dir così naturale, sarà quella dei testimonii. *Ma in confronto di chi e come mai si eseguirà il processo testimoniale?* In confronto del giudice non potrà farsi, *non essendo parte*, nè in contraddittorio della parte avversa al ricusante: nol comporta di fatti la qualità del procedimento che, fintantochè rimane nella sua prima fase, ha un carattere puramente interno e quasi disciplinare. Ma si delegherà un giudice all'istruzione, e ne sarà riferito in Camera di consiglio.

2. Nel sistema del Codice è avvenuto un cangiamento che giova avvertire. Secondo il precedente, l'atto di ricusazione si faceva alla segreteria, che presentavalo al presidente, e questi deputava un giudice per riferirne in Camera di consiglio; fissava il giorno in cui, sulla relazione suddetta, e sentito il pubblico Ministero, si pronuncierebbe. Se la ricusazione appariva da rigettarsi, il tribunale la respingeva senz'altro; se pareva ammissibile, allora aveva luogo la comunicazione al giudice e la sua dichiarazione. Nell'odierno sistema il ricorso si fa di tratto al presidente; è tolta ogni deliberazione segreta; l'atto, *purchè indicante le prove, è in se stesso regolare;* è trasmesso dal presidente alla cancelleria che ne fa la comunicazione ai termini dell'articolo 124, mentre copia dell'atto è dalla stessa cancelleria fatto notificare all'altra parte. Il giudice è più esposto, ma la difesa è più libera.

3. *La causa si sospende.* Se così non fosse, il ricusante avrebbe ottenuto vittoria senza combattere. Bisogna provvedere all'urgenza. La nostra legge dichiara che non si riconosce urgenza che nel caso ivi preveduto, *di procedere a qualche atto d'istruzione.* Solo in questo caso può destinarsi un altro giudice. Non ammette che ci sia mai urgenza per pronunciare decreti preparatorii o interlocutorii. Non so se sia un bene; so che così è troncata la questione relativa che si fanno tra loro i proceduristi francesi (PIGEAU, t. I, p. 432; HAUTEFEUILLE, p. 205; FAVARD DE LANGLADE, t. IV, p. 766, n° 4, ecc.).

Articolo 125.

Nel termine di due giorni dalla comunicazione dell'atto di ricusazione, il giudice o ufficiale ricusato deve fare in fine dello stesso atto la risposta sulla sussistenza dei motivi di ricusazione.

Nel giorno successivo a quello della risposta il cancelliere deve trasmetterla

Digitized by Google

al presidente della corte o del tribunale o al pretore competente, insieme coll'atto di ricusazione.

Il presidente delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno per la pronunciazione della sentenza.

Annotazioni.

1. Se il magistrato nella sua dichiarazione si oppone e contesta i motivi pei quali è ricusato, *non per ciò diventa parte*, non per ciò egli può sollevare un incidente per difendersi. L'opinione è unanime (MERLIN, *Répertoire*, v° *Récusation*, § 2, art. 3; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 332; PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 680; CARRÉ, quest. 1402, ecc.). Con ciò la legge vuol mantenuto al giudizio di ricusazione il suo carattere d'ordine e regolamento interno; liberarlo dalle apprensioni di un attacco ingiurioso o di un demerito nel ricusato; tenere ancora il magistrato alla debita distanza dalla parte che si agita nel proprio interesse; curarne la dignità nel tempo stesso che lo allontana dal giudizio; e far ben divedere come la *ricusazione* è diversa dall'*azione civile*, che trascina il magistrato in una contesa di ben altro genere (art. 783).

2. Tutte le disposizioni di questa procedura fanno manifesto il concetto del legislatore di rimuovere una indiscreta, inopportuna, insultante pubblicità. Se il giudice ricusato ritorna al suo seggio, non deve mostrare, se è lecito il dir così, le lividure della lotta che ha sostenuto corpo a corpo con altri di coloro ch'egli deve poi giudicare. Ciò è ben definito nella nostra legislazione, mentre nella francese può dirsi risoluto nel senso contrario. La Sezione della legislazione del tribunato aveva già chiesto indarno che, *rispetto alla magistratura*, il giudizio si terminasse in Camera di consiglio. La giurisprudenza, che qualche volta ha dubitato, finì coll'adottare il principio dell'*udienza pubblica* (MERLIN, *Questions de droit*, v° *Tribunaux d'appel*, § 5, n° 4, Orléans, 10 gennaio 1808; DEVILLENEUVE, 32, I, 216, ecc.).

Non *per rispetto alla magistratura* (che non impedisce di assoggettarla al duro cimento dell'*azione civile*), ma perchè tale è la natura del giudizio di ricusazione, è adottata una forma di processo *atta a conciliare colla ragione della difesa quella dell'autorità*.

Articolo 126.

Quando per la ricusazione di più giudici di un tribunale non ne rimanga un numero sufficiente per pronunziare sulla ricusazione, e non si possa provvedere nel modo stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario, la corte d'appello, sopra ricorso della parte, rimette la causa ad altro tribunale, il quale, se ammetta la ricusazione, pronunzia anche nel merito.

Annotazioni.

Precedenti storici. — *Legislazione comparata.* La nostra non conosce quella istituzione che nella francese è appellata *renvoi à un autre tribunal pour parenté ou alliance.* Quando un litigante contava un certo numero di parenti o affini nel tribunale o nella Corte, poteva farsi luogo a rimettere la causa ad altro tribunale o Corte, giusta i termini di quell'articolo 368. Pareva che ivi non potesse spirare aura di giustizia, e il terreno non fosse più uguale alle due parti. Espellere i due o tre giudici parenti non bastava, si temeva il contagio del favore. Era uno dei tratti di quella legislazione ombrosa e diffidente. I commentatori ponendo la mano in quella legge abbastanza austera, la esasperavano. Il PIGEAU non dubitò di affermare che il disposto doveva estendersi ad altri casi analoghi; se due, per es., fossero i giudici ricusandi, quantunque per altri e diversi motivi (*Comment.*, t. I, p. 438, 439), nel che fu corretto da LEPAGE nelle *Questioni*, e dal CARRÉ. Da questa opinione all'altra del *potersi ricusare in massa* un collegio di giudici, il passaggio non era difficile. Dibattuta la questione sotto l'impero, la opinione affermativa trionfò per un certo tempo; lo attesta LEGRAVEREND (t. II, p. 36), al quale si associa il CARRÉ, e si cita anche qualche decisione della Cassazione (SIREY, t. IX, p. I, pag. 143, *Journal Av.*, t. XVIII, pag. 899). Per altro lo stesso CARRÉ ha d'uopo di ricorrere a una causa generale e comune a tutti i giudici ch'egli inti-

tola *suspicion légitime* (*Traité des lois d'organisation et de compétence*), e che non fu mai bene definita; come questa dottrina non fu mai generalmente adottata.

È aperto che la nostra legge ha tutt'altro carattere. Essa non fa che segnalare il fenomeno, conseguenza della facoltà di ricusare i singoli giudici: ma non giunge mai sino alla idea nè di una ricusa in massa, nè di un sospetto che ravvolga tutto il corpo giudicante. A questa specie di annichilamento potrà esser ridotto un *tribunale;* una Corte, più numerosa, non arriverà mai a tale estremo. La Corte d'appello sarà giudice del rinvio, senza formale giudizio e senza discussione: *sopra un semplice ricorso.*

Articolo 127.

Quando la ricusazione sia rigettata da una corte o da un tribunale, la parte che l'ha proposta è condannata colla stessa sentenza in una multa che può estendersi a lire centocinquanta. Il giudice ricusato che voglia promuovere l'azione per riparazione d'ingiuria, deve astenersi.

Se la ricusazione sia ammessa, l'autorità giudiziaria ordina che il giudice o l'uffiziale del ministero pubblico si astenga, e, se sia ricusato un conciliatore o un pretore, designa un altro conciliatore o pretore, salvo che le parti siano d'accordo di portare la causa davanti il supplente del giudice ricusato.

Annotazioni.

Il motivo del rigetto può esser vario; o perchè la domanda sia inammissibile o mal fondata: e in ogni caso ha luogo la comminatoria dell'articolo. *Ma se l'atto fosse annullato per vizio di forma?* Il THOMINE (t. I, p. 603) e il CHAUVEAU in CARRÉ (quest. 1406) pensano che in questo caso l'ammenda non sia incorsa. Io non posso accettare questa opinione. La legge non distingue; e la temerità non può essere scusata dalla inosservanza, per esempio, della forma: *Omnino certe grave est judicem recusare temere.*

Articolo 128.

Contro le sentenze pronunziate sulla ricusazione di un conciliatore o di un pretore non è ammesso appello.

Quando si proponga appello dalle altre sentenze pronunziate dai tribunali in materia di ricusazione, e una delle parti pretenda che vi sia urgenza di procedere all'esecuzione di un atto d'istruzione, il tribunale può ordinare che vi si proceda da altro giudice, sebbene abbia rigettato la ricusazione.

Articolo 129.

L'appello deve proporsi entro giorni cinque dalla notificazione della sentenza, con atto presso il cancelliere, contenente i motivi e l'indicazione del deposito nella cancelleria dei documenti sui quali l'appello è fondato.

Copia dell'atto di ricusazione, della dichiarazione del giudice o dell'uffiziale ricusato, della sentenza del tribunale e dell'atto di appello, e i documenti a questo uniti, sono dal cancelliere trasmessi nei tre giorni successivi al cancelliere della corte.

Annotazioni.

1. Questo punto, dell'appello da una sentenza emanata in giudizio di ricusazione, sollevò dubbii e contestazioni nel fôro; e non può invero dirsi che la luce abbondi su questo soggetto.

L'appello è di diritto: l'esclusione, che cade sulle sentenze relative alla ricusazione di un conciliatore o di un pretore, conferma la regola.

Nel vacio giro degli atti che possono occor-

rere, mai non s'incontra che abbiano a farsi comunicazioni alle parti che sono in causa, tranne *quella dell'atto di ricusazione* (art. 124). Pronunciata la sentenza, si risveglia il comune interesse che è triplice senza dubbio, quello della parte ricusante, della parte a lui contraria, e quello del giudice. Intanto la sentenza *è pure notificata da chi vuole appellare* (art. 129).

L'appello della *parte ricusante* è il più indicato: quello che è veramente fuori di questione. Rapporto agli altri due sorsero i dubbii. Il giudice non è parte, e come può egli appellare? La parte avversa al ricusante non è complicata nel giudizio di ricusa. E poi ha veramente un interesse? Se la domanda è rigettata, la sua posizione è assicurata. Anche ammessa, quale aggravio gliene viene? Un giudice sarà surrogato da un altro. Tali sono, rispetto a quest'ultimo, le osservazioni del PIGEAU e del LEPAGE.

2. Noi siamo in presenza d'una legge che sembra sforzarsi di essere generale quanto più possa. Non si distingue tra *ricusazione rigettata* o *ammessa*. Nel primo caso potrà appellare il ricusante: nell'altro il suo avversario, che sarebbe il giudice. Eccolo *già divenuto parte* in appello; eccolo involto in una lite. Ed è naturale. Si tratta forse del suo onore. Invano si dirà ch'egli non era parte, che con lui non vi fu propriamente giudizio: egli restò quasi a dire in luogo terzo, in una specie di limbo, mentre si disputava di lui, *non soggetto, ma oggetto della questione*. (La *terza opposizione*, non so se ammessa in qualche tribunale di Francia o inventata dal CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1409, per noi è assurda.) *Il giudice diventa parte quando vuol esserla:* cioè quando appella.

3. *Quando il giudice appella*, il giudizio (per ciò che riguarda gli effetti e non la *contestazione* o *difesa*) diventa comune alle altre parti che già erano in causa. La forma del giudizio non cangia in grado d'appello, ma continua a svolgersi senza discussione e fra le pareti della curia; non si manda citazione, e si procede secondo le norme dell'articolo 129. Se una delle parti, non il giudice, appella, questi *rimarrà come prima estraneo al giudizio*, talchè, rigettata la ricusa, riassumerà in quella stessa causa l'ufficio suo, il che non potrà mai nell'altro caso. La legge non dice, e sembra non volere che si facciano comunicazioni di atti o documenti da una parte all'altra. Si è sempre osservata intorno a questa materia una procedura affatto particolare, compendiosa e celere: il termine ad appellare è breve oltre ogni dire: passar oltre, importa decadenza; nel sistema francese i cinque giorni decorrono dalla pronunzia della sentenza; il nostro esige la notificazione.

4. L'appello è per l'indole sua generale, e più ancora, attesa la specialità del giudizio, *è sospensivo*. Nè il giudice d'appello può ordinare la esecuzione provvisoria. L'articolo 128 prevede l'urgenza, e dice quale può essere; attribuisce delle facoltà che non possono estendersi.

5. *È forse necessario che la dichiarazione d'appello* (che *si fa con atto presso il cancelliere*, art. 128) *sia sottoscritta dalla parte* o *da procuratore munito di speciale mandato?* La legge non lo prescrive; e del pari si ritiene nella giurisprudenza francese (DEMIAU-CROUZILHAC, p. 187; CARRÉ, all'art. 396).

6. *Potranno le parti presentare delle memorie, o procedere a qualche atto d'istruzione?* Potranno, io credo, presentare dei documenti; si cerca la verità, e questo non potrà esser negato. Non si ammette procuratore o rappresentante (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, p. 674).

Articolo 130.

Il cancelliere presenta, entro le ventiquattro ore dalla ricevuta, le dette carte al presidente della corte, il quale delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno in cui la corte pronunzierà la sentenza.

Spedita la copia della sentenza, il cancelliere della corte nelle ventiquattro ore restituisce a quello del tribunale le carte a lui trasmesse, dandogli avviso del tenore della sentenza pronunziata.

Articolo 131.

La ricusazione o l'astensione non hanno effetto sugli atti anteriori.

Annotazioni.

Si domanda se la sentenza, qualunque sia, *debba notificarsi*. Il cancelliere ne *spedisce la copia*, e ne dà comunicazione.

Avvertenza finale *sulla procedura relativa ai giudizi di ricusa di un pretore nella sua qualità di presidente di un Consiglio di famiglia.*

Interrogando l'ordine stabilito e lo spirito di analogia, si dirà che l'atto di ricusa deve precedere la trattazione dell'affare in Consiglio; e il ricusante dovrà dichiarare la sua opposizione nel verbale, o con qualche altra manifestazione sufficiente. Dopo ciò si rientra facilmente nel metodo prescritto. L'atto si farà con ricorso al presidente del tribunale (articolo 121). Se il pretore non rispettasse la prima rappresentanza o protesta, e procedesse oltre nella deliberazione, non è dubbio che questa sarebbe nulla. Il diritto di astenersi, di ritirarsi da quell'ufficio, dev'essere liberissimo; e in tal caso il tribunale destinerà un altro pretore; facoltà che s'intende essergli attribuita dall'articolo 127.

TITOLO III.

DELLE CITAZIONI

CAPO I.

DELLA FORMA DELLA CITAZIONE

Articolo 132.

Le citazioni si fanno col ministero di usciere per biglietto in carta libera, o per atto formale.

Articolo 133.

La citazione per biglietto ha luogo soltanto nelle cause promosse davanti i conciliatori; e in quelle promosse davanti i pretori, il valore delle quali non ecceda lire cento.

Il biglietto deve indicare:

1° Il giorno, il mese e l'anno della notificazione, e l'ora in cui segue la medesima, se la citazione sia fatta per comparire nello stesso giorno;

2° Il nome e cognome dell'usciere, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto;

3° Il nome e cognome dell'attore e del convenuto;

4° L'oggetto della domanda;

5° Il giudice, davanti cui si deve comparire;

6° Il giorno e l'ora della comparizione;

7° La persona, alla quale il biglietto viene consegnato.

Il biglietto è sottoscritto dall'usciere.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. « Si pensò che nelle cause di tenue valore « fosse opportuno di sciogliere l'atto di citazione dalle forme consuete; onde in tutte le « cause promosse davanti i giudici conciliatori « ed in quelle promosse davanti i giudici di « mandamento, il cui valore non eccede le « lire cento, si ammise la citazione per semplice biglietto » *Relazione* PISANELLI. La Relazione del guardasigilli (già riportata per intero) si compiaceva di ripeterlo. Se non che nello scopo di ridurre questo atto alla maggiore semplicità, si pensò dapprima che si potesse anche prescindere dalla menzione dell'oggetto. « Fu discussa (prosegue la prima « Relazione) la opportunità di richiedere che « *nel biglietto di citazione si dovesse esprimere l'oggetto della domanda, affinchè il convenuto potesse tosto conoscerla e preparare « all'uopo i suoi mezzi di difesa. Ma prevalse « la opinione negativa.* Se talvolta riesce facile « di compendiare in poche parole l'oggetto « della causa, avviene poi sovente che per l'indole del titolo a cui si appoggia la domanda, « questa non possa venire determinata, se non « con una esposizione alquanto specifica dei « fatti che le dànno origine. In tali casi scomparirebbe in gran parte il benefizio della « citazione per semplice biglietto, poichè dovrebbe spesso l'attore, per formolare la sua « domanda in iscritto, ricorrere al ministero di « altre persone, dovrebbe retribuirne l'opera « col pagamento di onorarii, che sarebbero « sempre gravosi, avuto riguardo al modico « valore della causa. » Queste idee furono vinte da altre migliori. Una citazione mancante del proprio oggetto, bisogna convenirne, era qualcosa d'inqualificabile. Cosa si voleva? di che si doveva rispondere? Eccoci adunque con una buona riforma dell'antico art. 52 (Codice del 1859), ove pure era stata trascurata la menzione dell'oggetto; e nella relazione del ministro Vacca se n'è anche spiegato il giusto e ragionevole motivo.

La forma della *citazione per biglietto* ha un vantaggio in quanto è economica, mandandosi in *carta libera* dal bollo: del resto niuno creda che la citazione per biglietto sia cosa arbitraria ed informe; pongasi a riscontro l'art. 133 col seguente, e si vedrà non esservi sostanziale differenza, e se ve n'ha alcuna, è un errore. L'attore e il reo, la domanda, il giudice, il termine o momento della udienza, la prova della comunicazione dell'atto a colui che è citato, sono condizioni di esistenza dell'atto medesimo. Perchè mai si è creduto inutile l'indicare *la residenza* o *domicilio dell'attore e del convenuto?* non sono codeste indicazioni le norme della competenza? non è forse necessario alle parti di conoscere rispettivamente il luogo dove devono essere citate e notificate in ordine agli altri atti che potranno occorrere nella causa? con qual regola si potrà giudicare se quegli atti furono dall'usciere bene o male eseguiti?

2. Non è senza interesse *se un atto di citazione di questa maniera, che sembra voler essere privilegiato, sia annullabile mancando alcuna delle sue forme e quale.* Anticipando un istante sull'articolo 145, avvertiamo ch'esso è già abbastanza esplicito per colpire di nullità amendue le forme, mentre non vi è differenza quanto ai sostanziali, e non vi può essere.

Se anche in codeste minime cause la citazione possa mandarsi al *domicilio già eletto*, non è a dubitare.

Articolo 134.

L'atto formale di citazione deve contenere:

1° Il nome e cognome dell'attore; il nome, cognome, la residenza, il domicilio, o la dimora del convenuto;

2° I fatti in compendio e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione, con le conclusioni della domanda, e con l'offerta di comunicazione, per originale o per copia, dei documenti sui quali esse si fondano;

3° L'indicazione della cosa che forma oggetto della domanda, con le particolarità che servono a determinarla;

4° L'indicazione dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si deve comparire;

5° La dichiarazione della residenza o del domicilio dell'attore. Se l'attore non abbia residenza o domicilio nello Stato, l'atto di citazione deve contenere inoltre l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria

davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona o dell'ufizio presso cui si fa l'elezione. Questa elezione può anche essere fatta dall'attore che abbia residenza o domicilio nello Stato.

Nei giudizi in materia commerciale la dichiarazione o elezione di domicilio deve farsi a norma dell'articolo 393;

6° La indicazione del termine entro cui il convenuto deve comparire, o del giorno dell'udienza se si tratti di citazione in via sommaria.

Nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore l'atto di citazione deve inoltre indicare il nome e cognome del procuratore dell'attore.

L'atto è sottoscritto dall'usciere.

Annotazioni.

1. *Generalità sull'atto di citazione.* — I nostri legislatori sono venuti in certo modo oscillando sulla idea, se la citazione dovesse considerarsi un *atto unico* ovvero *in due parti diviso.* L'articolo 132 del Codice di procedura del 1854 fu sollecito di dichiarare che *l'atto di citazione consta di due parti:* la *prima*, compilata a cura dell'attore, contiene la succinta esposizione del fatto, l'oggetto, le specifiche conclusioni; l'*altra*, opera dell'usciere, contiene la notificazione della domanda fatta al convenuto: e la citazione. Era già questa una novità, perchè in Francia la citazione è considerata puro atto di usciere. La nostra storia parlamentare ci narra che, quantunque la Commissione incaricata della revisione del progetto del Codice di procedura civile ritenesse la utilità della divisione, la Camera dei deputati non volle scostarsi dal sistema dell'unità già adottato in Piemonte colle RR. Patenti del 1843; ma avendo nel Senato prevalso la idea contraria, l'art. 132 fu in seguito formolato come si vide nel Codice. L'articolo 53 del Codice del 1859 mantenne la divisione in due parti, o l'espresse; una attribuì all'attore, l'altra all'usciere, e prescrisse le separate sottoscrizioni. Dalla Relazione Pisanelli si ha che codesta divisione della citazione in due parti, per attribuire la prima all'opera del causidico e la seconda a quella dell'usciere, era ancora coltivata; ma l'articolo 134 ne ha fatto invero un atto unico, ed è *sottoscritto dall'usciere* che lo fa proprio, salvo le sue indennità contro il vero autore dell'atto, che è rare volte la parte stessa, quasi sempre il causidico. Non si trova più necessario, anzi non sarebbe più coerente a questa forma *la sottoscrizione intermedia dell'attore o di un suo mandatario*, secondo l'articolo 52 del Codice del 1859.

2. *Data.* — Nell'articolo 61 del Codice di procedura civile franc. è posto l'obbligo della data come cosa essenziale. Nell'articolo 132 del Codice piemontese del 1854 era detto: *l'usciere dovrà esprimere in essa* (citazione) *la data del giorno, mese ed anno.* Nel successivo non si parlò più di data, e ora non se ne parla. Ma la data dell'atto di citazione è una cosa *à plus d'un titre nécessaire*, diceva BOITARD, e *absolument essentielle.* E ciò in ordine alla prescrizione che s'interrompe, in ordine agli interessi della mora che cominciano a decorrere, e via discorrendo. Intendiamoci una volta. *La data ci deve essere; essa però non riguarda le forme elementari dell'atto di citazione, ma la sua esecuzione.* La data è puramente la testimonianza che l'atto di citazione è stato eseguito in un dato giorno od ora mediante notificazione, e così ha raggiunto il suo primo scopo. Il rapporto fra l'attore e il convenuto è fissato; ecco la importanza della data che compie il fatto storico della comunicazione e ne stabilisce il momento. Questo è il vero, positivo e certo ufficio dell'usciere; è una operazione distinta dall'atto; non può trovarsene la menzione che fuori di quello, o, se volete meglio, dopo di quello, quantunque con esso in modo congiunta da formare un tutto indivisibile.

Chi esamina la redazione di codesti articoli con occhio attentissimo è costretto a dolersi d'inesattezza; e in siffatte indicazioni materiali nulla è più facile, ma nulla è anche più grave. Al n° 1 della *citazione per riglietto* troviamo esser debito d'indicare *il giorno, il mese e l'anno della notificazione, e l'ora in cui segue la medesima, se la citazione sia fatta per comparire nel medesimo giorno.* Di questa formalità non il menomo cenno nell'articolo 134, che descrive l'atto formale di citazione. La data della notificazione, come si è detto, è affare del cursore, ed è fuori della citazione; *posterior tempore*, ma a quella si aggiunge e si congiunge nello stesso foglio, costituisce con ciò la perfezione dell'atto medesimo. Laonde l'art. 134 non do-

vea esprimere soltanto *l'atto è sottoscritto dall'usciere*, ma dovea ingiungere eziandio, e letteralmente ordinare, che appiedi della citazione dovesse apparire la *relazione dell'usciere*, e avrebbe fatto assai bene richiamando le tre condizioni dell'abrogato art. 53 che riportiamo: *La seconda parte della citazione è opera dell'usciere, il quale deve sottoscriverla e indicare nella medesima: 1° il suo nome, cognome, l'autorità giudiziaria al cui servizio è affidata; 2° il giorno, mese ed anno in cui procede all'atto; 3° la persona alla quale l'atto viene consegnato.* Il pratico non troverà nè che l'articolo 135, nè che l'art. 139 rappresentino sufficientemente una dichiarazione cotanto essenziale. Che la legge non abbia voluto che risulti espresso il fatto storico della notificazione, la menzione della sua qualità di mano dello stesso ufficiale eseguente e la indicazione dei modi tenuti a praticare sì grave ufficio, non è permesso neppure il pensare: vi è dunque una omissione nella legge, bisogna confessarlo; ma la legge anteriore è là, e riempie la lacuna. Niuna vera alterazione in ordine a questo rilevantissimo rito può produrre una tale omissione; noi lo vedremo proseguendo il nostro esame.

3 **Al numero 1.** — *Il nome e cognome dell'attore e del convenuto.* (Intorno all'effetto che la mala indicazione può portare rapporto alla validità dell'atto *V.* articolo 145.) Ricerco ora *se la regola sia generale e illimitata.* Un corpo morale non può comparire nell'arringo giudiziale senza che per esso si annunzi e si faccia conoscere il suo rappresentante. Nessun corpo morale può essere tradotto in giudizio se non nella persona certa e determinata del suo rappresentante. Una società commerciale non cita; non si cita una società commerciale in globo.

4. **Questioni.** — *a) Se la citazione vien fuori ad istanza di un pubblico funzionario, di un prefetto, di un sindaco, di un procuratore del Re, è necessario che si declini il suo nome e cognome?* Dirò francamente che la giurisprudenza francese è decisamente, concordemente, assolutamente negativa. *Voilà un cas à peu près unique* (dice Boitard, all'art. 61 del Codice di procedura civile, accennando al noto ditterio: *nul ne plaide par procureur hormis l'empereur*), *qui, dans l'exigence de l'art.* 61, *ne devra pas s'appliquer; dans lequel les noms* (cognome e prenome), *profession et domicile du véritable intéressé ne figureront pas dans l'exploit d'ajournement. Je dis à peu près unique, car la force des choses entraîne encore une autre exception à cette exigence. Supposez, par exemple, une demande dirigée par un fonctionnaire public en cette qualité de fonctionnaire, c'est-à-dire dans l'intérêt du corps qu'il administre; par exemple, un préfet agissant au nom de l'État... un maire plaidant en nom de sa Commune.* In simili casi deve bastare la espressione della qualità del funzionario (Carré, quest. 286; Dalloz, Boncenne, *Des ajourn.*, ch. II; Thomine, De Langlade, *ecc.*, *Cassaz.*, 25 luglio 1825; *Journal Av.*, t. XXX, p. 139). Che importa, si dice, il nome e cognome, ossia che importa la individualità del funzionario? È la carica che parla, è la carica che agisce, è la carica che si chiama in giudizio (certo essendo per la natura dei correlativi che ciò che si afferma per l'attore, affermasi non meno per il convenuto). È possibile contrastare contro una sì grande, una così potente uniformità di pareri? Io lo ardisco. In giudizio vi sono delle persone morali, ma rappresentate da persone fisiche. Il Cod. di procedura, materiale com'è, non parla che di persone fisiche. Un rapporto, oppositivo sì, ma un rapporto si forma fra i contendenti; la loro individualità viene in contatto cogli *interrogatorii*, coi *giuramenti*, che non si potrebbero esibire alle personalità astratte. La individualità fornisce materia alla prova; contro il sindaco in astratto di un Comune, contro la sua individualità nascosta e perduta nel titolo della carica, io non posso avanzare per certi fatti particolari una prova testimoniale; ma se quel sindaco è il sig. B. C., io posso provare che il sig. B. C., anche nella sua qualità di sindaco, mi ha assolto dal debito, a parte se l'assoluzione sia o no valida. Il sig. B. C., che è pure un funzionario pubblico, e in siffatta qualità agisce, può portare con sè delle risponsabilità personali, verso di me convenuto, come verso i suoi stessi rappresentati. Non è vero adunque che il suo nome e cognome, ossia la manifestazione della sua individualità, nulla importi. *La forza delle cose!* Invero sente un poco dell'enfasi consueta al Boitard. *Se la forza delle cose esige* che il rappresentante di un corpo morale non esprima il proprio nome e cognome, essa imporrà ciò stesso al rappresentanti di una società commerciale; e a più ragione di un qualunque pubblico stabilimento; onde basterà enunciare la volontà del rettore qualunque sia, di un conservatore, di un preside, che io sono costretto a credere che esista, benchè non sappia dove e chi sia. Maggior pericolo ancora è per venirne al convenuto. L'usciere crede che un prete qualunque che ritrova alla parrocchia sia lo stesso parroco; e gli consegua la citazione; non è possibile provare l'errore; se si sapesse che la conseguò al

prete B. C. sarebbe dimostrato che non vi fu citazione.

Altro è pertanto il rispondere in qualità di rappresentante per non esser obbligato nella persona propria, ed altro non enunciarsi che nella sola qualità, che mi dà la idea di una doppia astrazione posta l'una sull'altra.

b) Trattandosi di più cointeressati, anche con vincoli di solidarietà, non aventi un comune rappresentante, basterà che alcuni siano nominati additando gli altri col nome generico = e consorti = ? Tutti devono esser nominati per nome e cognome; in ciò convengono PIGEAU, DE LANGLADE, e gli altri. Se non che è d'uopo avvertire che la citazione non sarebbe nulla; ma si riterrebbero in causa soltanto i nominati, salve le conseguenze di ragione derivanti dalla solidarietà.

c) *Della citazione del mandatario.* Chi porge attenzione, avrà osservato che la legge, ordinando la manifestazione del nome e cognome, non fa cenno delle *qualità.* (Prego bene di avvertire che gli *addiettivi personali di prenomi, professione*, ecc., saviamente banditi dalla citazione odierna, non avendo altro scopo che di meglio individuare la persona fisica, non sono da confondersi colle qualità, espressioni dell'essere morale.) Ma se la legge non fa cenno delle qualità, la ragione si è perchè esse appartengono piuttosto alla sostanza che alla forma; e meglio all'*oggetto* che al *soggetto* si riferiscono. La legge non può imporne la enunciativa se non vengono in acconcio; e se vengono, e non siano espresse, l'errore si sconta nelle conseguenze giuridiche. *Qualità* è concetto di genere; la *rappresentanza* tiene più alla specialità. Si cita in *qualità di erede, di cessionario, o in qualità di terzo possessore*, e non si rappresenta altri fuori di sè, ma si rivela con ciò uno degli aspetti della questione. *Il tutore cita come rappresentante;* onde il primo agisce per sè, il secondo per altri. Ne segue che in quest'ultimo caso ci *sono necessariamente più persone in giudizio;* l'una che si mostra e si mette in rapporto immediato colla contraria parte; l'altra, o l'altre, che non compariscono, ma sono il vero soggetto di diritto di colui del cui interesse si tratta. La *rappresentanza*, moltiplicando le persone, richiede quindi *l'enunciazione del nome e cognome non di una persona sola, ma di più.*

Che anche l'uomo *sui juris*, il maggiore, possa fare un giudizio col mezzo di un mandatario, non è revocato in dubbio. Piuttosto si fece un piatire lungo, minuto, o molto vano, *se il mandatario potesse formolare la citazione ad istanza di lui mandatario, e nel suo nome; o si dovesse far precedere il nome del mandante, come attore e chiedente, ma rappresentato da un mandatario.* Benchè possa parere un bisticcio di parole, il regolamento pontificio (che fu certo dei buoni) ordinava: « Non potrà introdursi alcuna domanda *a nome di un agente* o *di un mandatario generale o speciale* » (§ 471). PIGEAU, THOMINE, e decisioni francesi non poche (si ricordano, fra le altre, ben tre decisioni della Corte di Rennes), BOVOUX e LOISEAU (*Dictionnaire des arrêts*, v° *Procureur*) tengono che, a quel modo fatta, la citazione sarebbe nulla. Perchè mai? Per devozione superstiziosa, altre parole non posso usare, ad un principio che è in Francia come in Italia, che è dappertutto dove la persona del sovrano è sacra, e rispettata insieme la libertà dei giudizi, *solo il re litigare per procuratore.* Il che poi significa che il *procuratore del re* non ha d'uopo di poteri espressi, e che il nome del re non si pronunzia, nè viene a mescolarsi negli atti del giudizio. Ma bene spiegò il BONCENNE, che, applicata la massima alla condizione comune, conclude a ciò, che niuno può agire a suo grado in altrui nome, quasi *dominus litis*, senza comprovare per che e per chi agisce, o nell'interesse di quali persone, agisce; deve nominarle, e così far manifesto come si attribuisca qualità di cessionario, mandatario, o tutore. Ora è generalmente tenuto (MERLIN, *Répert.*, v° *Plaider par procureur;* DALLOZ, FAVARD DE LANGLADE, BOITARD, ecc.), e al di sopra di essi la ragione detta, *che è indifferente se in nome del mandatario o del mandante esordisca l'atto di citazione, purchè le qualità rispettive si spieghino, e appariscano i nomi e cognomi, ossia si rivelino apertamente le persone di entrambi.*

Ai numeri 2 e 3. — *Indicazione dei fatti, delle ragioni e dell'oggetto.* Ciò che importa, egli è che il convenuto abbia, in termini brevi, una cognizione sufficiente dell'oggetto dell'azione che gli è intentata, e delle ragioni a cui si appoggia: « Qua quisque actione agere ve« lit, eam edere debet; nam æquissimum « videtur, eum qui acturus est, edere actio« nem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, « an contendere ultra debeat; et si conten« dendum putat, veniat instructus ad agendum « cognita actione qua conveniatur » (l. 1, *De edendo*).

La cosa che forma oggetto della domanda è una espressione di studiata generalità, ed abbraccia ogni finalità libellare; tutto ciò a cui può aspirar l'uomo che fa una lite, sia morale

o reale; una posizione sociale e un diritto onorifico, come una somma di denaro, un effetto mobile, o una possessione. La formola del n° 3 io la credo perfetta. *Le particolarità che servono a determinare la cosa* sono specialmente opportune agli oggetti materiali. Qualche volta le *particolarità* saranno la precisa indicazione del luogo ove si contiene la universalità dei mobili; qualche altra i confini dell'immobile: e in tutto è questione di apprezzamento.

5. **Al numero 5.** — *Dichiarazione di residenza o domicilio. Elezione di domicilio.* È da avvisare una novità introdotta dalla recente procedura. Si osservi che al n° 1 si parla *della residenza, domicilio, o dimora del convenuto;* non punto dell'attore. Ciò è diverso da quello che poneva il precedente Codice all'art. 53, n° 1: *è necessario che l'attore abbia una residenza o un domicilio.* Ecco il sostanziale. Prima bastava che l'attore avesse *una dimora*, e la enunciasse. Ora la dimora non basta. Si considera straniero, ed è; e non avere che una *dimora* vuol dire esser vagante sulla superficie dello Stato (ora fortunatamente abbastanza vasta), e non vivervi che precariamente. È dunque saggio avvedimento di obbligarlo ad *eleggere il domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria:* e saggio è ancora abilitare l'attore, *avente residenza e domicilio nello Stato*, ad eleggerlo. Ogni favore che si comparte al diritto d'elezione, è un acquisto della libertà giudiziaria, comunque in questo caso non determini la giurisdizione locale, ma serva ai vantaggi del giudizio.

È manifesto che l'attore può bensì eleggere domicilio a se stesso in modo che torni utile eziandio al convenuto, ma non può disporre di quello del convenuto: e quindi non può alterare l'ordine delle giurisdizioni, *che è sempre stabilito in fatti anteriori al giudizio.*

Vedesi per altro nel nuovo sistema attribuito al domicilio eletto dall'attore *judicii causa* una vera importanza assorbente, mentre quello diventa il suo domicilio a tutti gli effetti, per qualunque comunicazione eziandio privilegiata, ecc., onde io credo finita la vecchia e intricata controversia se l'attore, *oltre il domicilio detto, dovesse pure indicare il suo domicilio reale.*

La conclusione che qui si pone è certo assai ponderosa, e deve avere solidi fondamenti. Primieramente dev'essere assicurato *se la indicazione del domicilio fatta nella stessa citazione* equivalga a quella che si richiede dalla legge; essendo motivo di dubitare una decisione della Corte d'appello di Nizza del 20 marzo 1856, ove il contrario si ritenne (*Gazzetta dei Tribunali*, 1856, p. 229). Ma parmi ora levato il dubbio. Il n° 5 dell'art. 134 è complesso e unico, e rappresenta i diversi modi coi quali l'attore può soddisfare a questo suo debito. Io trovo che ve ne ha uno elettivo, ed uno necessario: *necessario* è per colui che non ha nello Stato che una semplice dimora, o anche non l'ha; *elettivo* è per chi ha residenza o domicilio, il quale, potendo dichiararlo, può anche, se gli piaccia, elegger domicilio nel Comune, e quello enunciare. A me però sembra che codeste forme siano parificate.

L'altro fondamento, che pure dev'essere solidissimo, gli è che *al domicilio eletto possa farsi ogni sorta di comunicazione o notificazione*, che in vero non era facilmente consentito dalle anteriori legislazioni. E per lo spirito della odierna non ne dubito; ne trovo la conferma nell'art. 140 e nel 367; e non incontro disposizione che al domicilio regolarmente eletto surroghi il domicilio reale. Ma dovrò dirne qualche altra cosa all'art. 140.

1. **Al numero 6.** — *Indicazione del termine e, occorrendo, del procuratore.* Il *termine a comparire* dev'essere indicato in modo che *non vi sia incertezza.* Ecco ciò che si raccoglie dai combinati articoli 134 e 145 n° 2. Il termine indicato vuol essere *specifico e formale*, e non *generico*, perchè vi sarebbe incertezza. Onde non si adempie al dovere assegnando il *termine di legge;* checchè abbiano sentenziato più e più volte i tribunali di Francia; giurisprudenza rigettata dal Boncenne e dal Boitard, dal Chauveau all'articolo 61, n° 157, eppure adottata da alcuna delle nostre Corti d'appello (Corte d'appello di Chambéry, 12 gennaio 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, 1858, pag. 701) lo credo con reminiscenze francesi. Vero è che coll'aiuto di calcoli più o meno difficili si può dedurre che il *termine di legge* è di due, o di quattro, o di sei giorni, indagando *se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire* siano nello stesso Comune o in mandamenti limitrofi, e se questi siano compresi o no nella giurisdizione dello stesso tribunale civile; ma si deve riflettere 1° che la lettera dell'articolo (*la indicazione del termine*) inchiude la nozione di *tempo determinato*, sia perchè tale è l'ufficio del verbo *indicare*, sia perchè il termine concreto che deve indicarsi è *il risultato del calcolo*, e non il calcolo stesso; 2° che, essendo così facile esprimere il termine, la oscurità sarebbe studiosa e moralmente redarguibile, e avrebbe l'aria di un'insidia; 3° che vera cer-

tezza sul giorno in cui si deve comparire, non ci sarebbe; 4° che in molti casi lo stesso calcolo potrebbe obbligare ad una specie di esame geografico e di studio sulle circoscrizioni giudiziarie (base del nuovo sistema), che non è senza pericolo di errare: pericolo che l'attore deve egli stesso assumere, e non addossare alla parte contraria.

2. **Precedenti storici.** — *Della citazione a termine più breve o più lungo di quello che è ingiunto dalla legge.* Tutti i proceduristi ne hanno discorso; decisioni sopra decisioni, pro e contro, gettarono la confusione nella giurisprudenza. Si discusse del *termine breve* e del *termine troppo breve.* Anche in favore del *termine troppo breve*, ch'era evidentemente un peggiorativo, ci sono delle decisioni, e molte (*V.* CARRE-CHAUVEAU, art. 61). Si è però osservato che d'ordinario in quei casi si disputava del *termine aumentativo*, ossia dell'*aumento del termine* per la distanza, sistema ora abbandonato. Taluno argomentava che, dato il termine ordinario, il difetto del termine aumentativo non rendesse troppo angusto lo spazio per comparire. MERLIN, contrario alla nullità, faceva un dilemma di questa maniera. Userò le sue parole: « Quel sera donc l'effet d'une assignation donnée à un délai trop court? De deux choses l'une; ou le défendeur cité à un délai trop court comparaît sur l'assignation, ou il ne comparaît pas. S'il ne comparait pas, le juge doit ordonner qu'il sera réassigné, et condamner le demandeur aux frais de la première assignation... *Si le défendeur comparait, il peut, en excipant de la brièveté du délai de son assignation, demander à jouir de tout le délai que la loi voulait qu'on lui accordât: mais c'est une faculté à laquelle il est libre de renoncer* ». Mi piace di citare avversi a questa sentenza il BOITARD all'articolo 61, n° 157, il FAVARD DE LANGLADE, v° *Ajournement*, il PIGEAU, il CARRÉ, quest. 321, il CHAUVEAU, ivi, il THOMINE. (Non produrre nullità la omissione del termine della distanza, disse la Corte di Genova il 18 gennaio 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, p. 581.)

Veniamo a noi, e per necessità anticipiamo un momento sugli articoli 145 e 156 le nostre osservazioni.

Facciamo più ipotesi: 1° se il termine è omesso del tutto; 2° se è enunciato in forma generica (*V.* sopra ANNOTAZIONI, n° 1); 3° se il termine dato è più breve o più lungo di quello che dev'essere; 4° se è espresso con frase insolita, ma in modo intelligibile.

Prima ipotesi. Nessun dubbio; la citazione mancante di termine è nulla. Eppure a pena di nullità, nella citazione a *udienza fissa*, e che ora dicesi *in via sommaria*, deve indicarsi *il giorno della udienza* (Corte di Genova, 1° maggio 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1855, p. 632; di Torino, 22 gennaio 1858, BETTINI, vol. 2, p. 95; di Nizza, 26 giugno 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, p. 464; di Casale, 1° dicembre 1857, BETTINI, vol. 2, p. 847; Contra Nizza, 5 maggio 1855, BETTINI, vol. 2, p. 35; e 8 gennaio 1856, BETTINI, vol. 2, p. 45).

Seconda ipotesi. Ho superiormente risposto (nota n° 1).

Terza ipotesi, che è l'oggetto della ricerca. Non è il caso della *incertezza assoluta del termine a comparire:* il termine è anzi certo, certissimo: ma è più breve; di un giorno invece di due, di due invece di quattro. Non è dunque nullità dell'art. 145, n° 2, o se in nessun luogo del Codice fosse specialmente dichiarata, una legge generale, o piuttosto un principio colpisce di nullità la citazione, *mancando all'atto un suo elemento essenziale:* il giusto termine (*V.* art. 56). Il termine è parte essenziale della sua forma: *termine minore di quello che dà la legge è termine insufficiente:* il termine è dato alla difesa; chi vi sottrae, lede il diritto inviolabile della difesa.

Non crederei che il dilemma di Merlin sembrasse a qualcuno una cosa seria. Nel rapporto del diritto nazionale la questione è risolta dall'art. 153 (*V.* appresso). Esso era stato precouizzato dalla ragione.

Il termine più lungo, *quando non fosse e risultasse malizioso*, non farebbe cadere la citazione: in fine è un vantaggio di cui gode il convenuto.

Ciò si ritiene generalmente; ma si crede che il convenuto in questo caso, non volendo star sulla corda, *possa anticipare e rientrare più o meno nel giro del termine legale.* In qual modo? con quale procedura? E qui pure è consiglio comune dei pratici che il citato costituisca il suo procuratore, e per mezzo suo faccia proporre la causa, anticipando, se gli giova, sul termine eccessivo che gli è stato assegnato.

Quarta ipotesi. Ecco delle quattro ipotesi che abbiamo proposte *la sola che cade sotto la sanzione* dell'art. 145, n° 2. Non amiamo, in questa materia tanto positiva, le *frasi insolite;* ma se non vi sarà una vera incertezza sulla misura del termine, passerà senza danno.

Digitized by Google

Articolo 135.

La citazione deve essere notificata alla persona del convenuto mediante consegna di una copia di essa sottoscritta dall'usciere.

Annotazioni.

1. Si è avuto occasione di osservare nella lunga escursione che si è fatta sull'art. 134 che, per un errore (a quanto pare) di redazione, non figura tra le forme che costituiscono la *unità dell'atto libellare*, la fede di notificazione fatta dall'usciere, che con tutta proprietà *è la citazione*, la vera *in jus vocatio*. La regola di ragione, la tradizione, la necessità delle cose supplisce a quel vuoto; ed ora bisogna riempierne un altro.

Ogni atto di citazione deve arrivare *alla persona:* e sempre arriva. Questa è la *presumptio juris et de jure* di qualunque citazione, con qualunque mezzo legale inviata. La legge comincia dal dire, si notifichi alla persona: *comunicazione immediata*. Poi vengono le *comunicazioni mediate*, che sono tutte quante suppletive. Quindi l'art. 135 si congiunge necessariamente all'art. 139.

E questo va bene. Ma non va bene che l'articolo 135 limiti l'obbligo dell'usciere al *consegnare una copia da lui sottoscritta*, e non aggiunga *ch'esso deve farne anche menzione*, certificando la data, indicando la propria qualità, ecc., secondo le osservazioni da noi premesse nella nota 2 sull'art. 134. Ma siamo chiari, che così deve farsi; e se non si fa, la citazione non esiste.

2. Si domanda

a) Se l'usciere debba conoscere la persona del convenuto alla quale attesta di aver consegnata la citazione. Assolutamente dev'essere così; se non la conosce, se ne sta in dubbio, non può affermare di aver consegnato la citazione al signor B. senza cadere in falsità. Non è mestieri ch'egli dichiari questa sua conoscenza: è implicito. È di lui come del notaio. Alcuni autori (il DEMIAU-CROUZILHAC e il CARRÉ) suggerirono all'usciere la cautela di non notificar l'atto alla persona fuori del suo domicilio, onde evitare il pericolo di essere ingannato, e allora dovrà aggiungere *che la persona è a lui conosciuta*. In qualunque luogo notifichi l'atto (mentre la legge non ne interdice nessuno, se non forse la casa di un terzo, *V.* appresso), è di conoscere la persona del convenuto, e non basta ch'egli si dichiari tale, checchessia degli altri a cui si fa una consegna suppletiva, come diremo all'art. 139. In ciò è la verità della citazione; in ciò è la fede del pubblico uffiziale; in ciò è tutta la sostanza del fatto.

b) Si potrà notificare la citazione alla persona del convenuto in casa di un terzo? Si è già detto che la legge non interdice luogo alla funzione dell'usciere; e si fida di lui onde non nasca scandalo, che sarebbe affare di polizia. Nel caso proposto è motivo di dubitare la *garantita inviolabilità del domicilio* (Statuto fondamentale, art. 27, art. 205 del Codice penale), che però suppone la resistenza per parte dell'abitatore della casa ad impedire l'ingresso del pubblico uffiziale, non autorizzato a quell'offetto. La questione è stata esaminata. Il CARRÉ, in una sua prima opinione, tenne che, avendo l'abitante della casa certo diritto di rifiutare l'accesso all'usciere non autorizzato, la consegna della citazione fatta ivi al convenuto non sarebbe valida se non quando non si fosse incontrata resistenza per parte di colui che vi sta dentro. Di poi ritrattò questa sua opinione (*nous rétractons l'opinion qu'on vient de lire*), e fu piuttosto nel credere che la notificazione sarebbe pur valida; ma il pubblico uffiziale verrebbe punito secondo la legge (Quest. 347 all'art. 68 della procedura civile). Il suo annotatore e critico indefesso, il CHAUVEAU, approvò quest'ultimo avviso (ivi). La reputo la soluzione migliore.

c) *Se più essendo i convenuti, debba ad ogni singola persona consegnarsi una copia della citazione.* La notificazione si opera *colla consegna d'una copia alla persona:* copia della citazione *intera*, s'intende. (Dirò qualche cosa più avanti sulla differenza fra l'originale e la copia.) Non si parla mai di copie singole alle singole parti. La legge non aveva bisogno di dirlo. La giurisprudenza è così generale, così uniforme, che sarebbe proprio un'inutilità il fermarvisi. Basterà la ragione evidente, che la citazione è *cognizione;* ch'essa dev'esser data piena, perfetta, totale; nè una copia può servire per due. Il dubbio potrà nascere *quando le persone dei citandi siano unite da una tale intimità di relazioni sociali* o *d'interessi* da formarne quasi una sola: marito o moglie in comunione d'affari e per unico affare; debitori solidarii; tutore e pupillo; amministratore e amministrato.

Qui per altro si fa necessaria qualche distinzione. Quando più sono realmente le persone citande, *e tutte capaci*, è sempre indispensabile la singolare consegna della copia della citazione. Fra tutore e pupillo, fra amministratore e amministrato la cosa corre diversamente, e mi riferisco alla esposizione dell'articolo seguente. Se supponiamo un mandatario autorizzato a stare in giudizio per altri, o dalla legge ritenuto tale (art. 142, capoverso), avviso bastare una sola copia al mandatario, perchè in effetto è il solo che si cita, e la persona del mandante si ha per questo effetto come assorbita nella persona di lui. Non credesi però necessario che siano date *tante copie, quante sono le qualità* che può rivestire, o si attribuiscono alla persona citata.

Articolo 136.

Chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante.

Chi ha limitata l'amministrazione dei suoi beni, o non può stare in giudizio senza l'assistenza o l'autorizzazione altrui, è citato tanto in persona propria quanto in persona di coloro, la cui assistenza o autorizzazione è necessaria.

Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto, o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto, e non vi sia chi la supplisca, il presidente della corte o del tribunale, il pretore, o il conciliatore davanti cui è portata la causa, nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto.

Annotazioni.

Non ha l'amministrazione dei suoi beni chi è incapace assolutamente; *ha l'amministrazione limitata* chi è incapace relativamente, cioè a certe funzioni civili della maggior entità, fra le quali si annovera la facoltà di stare in giudizio. Il pupillo, il minore sotto la patria o sotto la podestà del tutore, l'interdetto (oggidì che più non s'interdicono i prodighi) sono della prima classe; appartengono alla seconda la *moglie* nei casi determinati dalla legge (art. 134 del Codice civile), il minore emancipato, ecc. (art. 318). I primi non sono citati, ma per essi il loro padre, tutore o curatore: i secondi sono citati insieme ai loro assistenti; nè così ordinando la legge impone cosa superflua. *Chi ha l'amministrazione limitata*, chi non gode la pienezza dei suoi diritti civili, non cessa di avere una capacità ed una volontà, comunque imperfetta, e quindi il diritto di difendersi, di propulsare l'attacco altrui, di concorrere coi suoi mezzi personali a sostenere le proprie azioni coll'opera adiutrice del suo più presto assistente che rappresentante. *Assistenza* e *autorizzazione* si considerano dello stesso valore nei rapporti giudiziarii avvisati da quest'articolo, benchè esprimano due diversi concetti. *L'assistenza suppone il difetto naturale di capacità;* tale sarebbe quella che riguarda il minore emancipato, tal era quella che concerneva il prodigo: *l'autorizzazione è correlativa di una dipendenza civile;* tal è quella della moglie verso il marito. In tutti questi casi si citano due persone, niuna delle quali potrebbe per sè sola operare, e formano insieme la *persona civile;* ma concorrono e non si eliminano, e l'una non assorbe l'altra, come la persona del tutore quella del pupillo, che in essa si confonde. A due persone citate, due citazioni adunque, ossia due copie della citazione devono mandarsi. Nacque dubbio se, trattandosi di coniugi in comunione di beni, e per fatti della comunione, citandosi, *due copie* avessero a consegnarsi, e fu deciso affermativamente (Cassazione francese, 2 aprile 1850, e 9 novembre 1857, Dalloz, *Recueil*, 1857, p. 1, p. 77).

Articolo 137.

La citazione è notificata:

Per le società di commercio a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale;

Per l'unione o la direzione formata dai creditori a uno dei sindaci o direttori;

Per la massa dei creditori, prima dello stato di unione, a uno dei sindaci.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Il presente articolo si occupa di alcune aggregazioni convenzionali, transitorie, di carattere economico, che devono avere un rappresentante per gli atti giudiziali, e dichiara qual è. Il successivo art. 138 si occupa di altre aggregazioni e di altre rappresentanze, che tengono alla costituzione dello Stato.

2. La legge parla delle *società di commercio*, certo con intenzione, e intende segregare dalla sua disposizione le *società civili*. Il favore del commercio, la natura delle società commerciali costituiscono, o permettono, dei vincoli, che le presentano in faccia ai terzi come un solido, un tutto indivisibile. Nelle società civili, i socii non sono solidariamente obbligati (art. 1726 del Codice civile); le loro contrattazioni si considerano singolari (art. 1727). Ne segue che a rigor di termini, rispetto ai terzi, havvi *socii*, non *società;* non designabili sotto una *ragione sociale*, devono singolarmente citarsi.

3. La legge usa di formole semplici e comprensive. Le società di commercio si citano per rappresentante. La loro costituzione ideale è definita dal diritto commerciale; la loro realtà, dalle convenzioni. La legge di procedura non intende a novità: suppone che ogni società abbia un amministratore, un rappresentante, un capo riconosciuto dai terzi, e si limita a dire che quello deve citarsi. Con ciò esclude la considerazione delle individualità sociali, e agevola mirabilmente i giudizi. Se per l'addietro ci furono dubbiezze sulla natura di tali società (*V.* CARRÉ, *addit.*, quest. 287 bis, e DUVERGIER, *Traité de la société*, n^i 316 e 317), teoricamente non ci sono più; soltanto nelle molteplici combinazioni pratiche, le questioni non sono rare. Il Codice di commercio, dall'art. 108 in poi, descrive le forme consuete delle società commerciali, e le sottopone a regole in quanto sono della loro natura, o corrispondono al loro fine. *Ma la rappresentanza di una società commerciale è un* quid facti, o *un* quid juris? Giova notarlo, e mi si permettano alcuni brevi sviluppi.

Dettando l'ordinamento delle società commerciali, e precorrendo la loro formazione secondo i principii, pone le basi della rappresentanza sociale, giusta la varia natura delle società. Per ciò che spetta alla società in nome collettivo, la legge avverte che « se nell'atto di società uno o più socii sono autorizzati a firmare, *le sole firme di questi sotto la ragione sociale obbligano i socii* » (art. 114). Con ciò i socii avrebbero determinato i loro gestori, o gerenti, e rappresentanti. È un atto della loro volontà, o non una necessità di quella forma sociale. Del resto, non esistendo questa vera delegazione dei poteri sociali, ogni socio amministra, ogni socio obbliga i socii firmando sotto la ragione sociale; *il socio che avesse così obbligato gli altri socii, potrebb'esser chiamato da solo in giudizio:* è ciò di fatti che esprime nella prima parte del 1° capoverso l'art. 137.

La *società in accomandita semplice*, per quanto si obbliga verso i terzi, e quindi nel rispetto della sua rappresentanza, non differisce da quella in nome collettivo, di cui ritiene tutti i caratteri; se non che vi si aggiungono i *socii semplici capitalisti* o *accomanditanti* (art. 118 del Codice di commercio, che non figurano col nome, e sono esclusi dall'amministrazione. La *società in accomandita divisa per azioni*, leva potentissima dell'odierno commercio, non varia che negli accidenti, comechè importantissimi. Sono applicati in tutto il loro rigoro gli articoli 118, 119 e 120 (articolo 126 del Codice di commercio). Vi hanno dunque socii amministratori e corrisponsabili, dichiarati nello statuto sociale. Del resto, per quanto è della *rappresentanza*, può essere nominato un amministratore dalla volontà degli azionisti, amministratore che può anch'essere rivocato *per deliberazione dell'assemblea generale*, si affretta a dire l'art. 127 del detto Codice; e la nomina e presenza dell'amministratore eletto dispensa i terzi che intendono chiamare la società in giudizio da ogni altra ricerca sulla qualità risponsabile o rappresentativa dei socii.

La *società anonima* (dice l'articolo 129 del detto Codice) « è amministrata da mandatarii revocabili, socii o non socii, stipendiati o gratuiti, i quali non contraggono a causa della loro amministrazione veruna obbligazione personale per gli affari sociali » (articolo 130).

Un corollario può desumersi da tutto questo, che *la rappresentanza sociale è sempre la manifestazione della volontà dei socii;* che talvolta anche un socio, non gerente nè amministratore, può esser vocato in giudizio per la società, quando per la qualità sua poteva obbligarla, e la obbligò in effetto.

E rispondendo al quesito diciamo che nella prima ipotesi *est quæstio facti*, mentre tutto dipende dalla nomina che del proprio amministratore o gerente ha fatto la società, sia che emani da dichiarazione espressa, o dal suo stesso esercizio; nell'altra ipotesi, a conoscere se il socio possa stare per la società in giudizio, deve constare della sua qualità e del

suo diritto come socio: *quæstio juris*. Si avverta che il socio, puramente tale, senza una qualità qualsiasi che lo faccia considerare rappresentante della società, non può operare *attivamente* nel nome e interesse comuno; l'articolo nostro lo guarda nell'aspetto passivo, nella condizione di convenuto.

4. I due capoversi di quest'articolo sono posti ad escludere, nello scopo preveduto, la citazione del fallito anche prima del contratto d'unione; dopo egli è definitivamente spogliato di ogni amministrazione, e spropriato d'ogni sostanza.

Articolo 138.

La citazione è notificata:

Per i comuni, gli istituti pubblici, e generalmente i corpi morali riconosciuti dalla legge, al sindaco, rettore, capo, o superiore, o a chi ne fa le veci;

Per le amministrazioni dello Stato, a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria, davanti cui è portata la causa, osservate le norme stabilite nel regolamento;

Per la lista civile, il patrimonio privato del Re, della Regina, dei Principi della famiglia reale, al capo d'amministrazione o a chi ne faccia le veci nel circondario o nella provincia dove risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa.

Articolo 139.

Quando la citazione non si possa notificare alla persona del convenuto deve notificarsi nella casa in cui questi ha residenza, e, se la residenza non sia conosciuta, al domicilio.

Se trattisi di società di commercio, o di uno degli enti indicati nell'articolo precedente, la citazione deve notificarsi nella casa in cui risiede l'amministrazione della società o dell'ente convenuto, e, in difetto, nella casa in cui il socio, l'amministratore, o il rappresentante ha residenza.

Se la residenza o il domicilio non siano conosciuti, la citazione deve notificarsi nella dimora.

In tutti questi casi l'usciere consegna la copia della citazione ad uno della famiglia, o addetto alla casa o al servizio del convenuto.

Mancando queste persone l'usciere consegna la copia dell'atto al portinaio della casa o a un vicino di abitazione, purchè siano in grado di scrivere, e fa sottoscrivere l'originale dalla persona che riceve la copia.

L'usciere non può consegnare la copia dell'atto a persona incapace, per età o vizio di mente, di farne testimonianza. La capacità si presume sino a prova contraria.

Se il portinaio o i vicini non vogliano o non possano accettare la copia e sottoscrivere l'originale, l'usciere lasciando avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto deposita la copia nella casa comunale, o la consegna al sindaco o a chi ne fa le veci. L'originale è sottoscritto da chi riceve la copia.

Per chi vive a bordo di nave mercantile, o appartiene all'equipaggio, la notificazione si può fare al capitano o a chi ne fa le veci.

Nei casi indicati in questo articolo l'usciere fa menzione di ogni cosa sull'originale e sulla copia.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. **Sul complesso dell'articolo.**—La legge, quasi respinta nel suo vivo desiderio di far pervenire la citazione a dirittura nelle mani del citato, viene descrivendo la scala retrograda che è costretta a fare, e sembra cedere a palmo a palmo il terreno. Se non si può alla persona, si cerchi la *residenza* che è la sua abitazione consueta, ove più facilmente avrà comunicazione dell'atto: viene in seconda linea il *domicilio*, ove la sua personalità in mezzo alle cose del suo patrimonio si dimostra, ma meno facilmente la sua *persona* si ritrova. Da ultimo la *dimora*, stanza momentanea, e che può svanire nel tempo stesso che si cerca. Si ha sempre la speranza di trovare in alcuno di codesti luoghi la persona. *A chi si consegna l'atto?* Ecco la seconda e anche più grave sollecitudine del legislatore. È naturale che si preferisca il *famigliare*, che è il più prossimo alla persona invano ricercata; dopo viene il *portinaio della casa*, specie di animale anfibio; possiede l'ingresso, ed è macchina opportuna a spargere le notizie. Seguita il *vicino*, anche più indifferente e meno interessato del portinaio. Il famigliare o servitore è dispensato dal sottoscrivere la carta; ma quelli no, in vista certamente che la relazione si viene sempre più allontanando. I primi hanno obbligo di accettare la carta, perchè, o almeno si crede, per l'interesse che hanno verso l'amico o padrone, lo faranno di buon grado. Gli altri sono liberi di non accettarlo (libertà prudentemente lasciata, onde, ricevendo l'atto loro malgrado, non si schermissero poi dal consegnarlo a chi va). Condizione di ogni consegnatario è di avere una *volontà*; se ne fosse privo, sarebbe peggio che affidare il mandato ad una statua. Esaurite tutte queste pratiche inutilmente, *lasciato l'avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto, la copia si consegna alla casa comunale, al sindaco o a chi ne fa le veci.* Io leggo così: che la copia *deve consegnarsi al sindaco o a chi ne fa le veci;* e non lasciarla a casaccio *nella casa comunale.* La redazione non è perfetta, e quel primo o, in luogo di *e* (se pure la mia edizione non è scorretta), può far equivoco.

Noto che fra il progetto del primo guardasigilli e le idee del secondo vi è stata diversità intorno a questo punto; e nella relazione premessa alla legge può vedersi la ragione per cui si è data la preferenza alla *consegna del sindaco*, non trascurata però l'affissione. Il sistema di quelle legislazioni, che vogliono geminata la notifica della citazione introduttiva, è certamente il più sicuro.

2. **Questioni.** — *a) Se l'usciere debba far ricerca della persona, e quale, prima di abbandonare ad altri la citazione; e far menzione delle usate diligenze.* L'usciere si dirige al luogo ove, secondo tutte le probabilità, deve trovarsi la persona del convenuto. Appartiene al suo ufficio l'indagare se quel citando abbia una residenza, o un domicilio, o una dimora; e dove. La legge civile (checchessia delle penali) non gli domanda conto di queste prime investigazioni, talvolta lunghe e difficili. La parte attrice ha tutto l'interesse di fornire le notizie che ha raccolte; essa deve sapere che un primo errore trascinerà la sorte di tutto il giudizio. L'usciere conosce adunque (questo è supposto) a qual casa e a qual punto del suo distretto dee volgere i passi; e non è punto obbligato a percorrere le strade e i mercati, anche frequentati da quell'uomo, per tentarne l'incontro: è una diligenza ben lodevole, ma la legge non gliela impone. Pervenuto alla casa di sua ordinaria abitazione (alla francese, *residenza*), non può egli consegnare l'atto al famigliare, *se non si sarà assicurato che la persona cercata non è in casa*, o non è in grado di riceverne la consegna: per es., se gravemente inferma. Allora solo l'usciere dichiarerà con coscienza che, *non avendo potuto* notificar l'atto alla persona, egli lo ha consegnato, ecc. Una decisione della Corte suprema, sedente allora a Milano, stanziò *esser nulla la citazione, postochè l'usciere non avesse fatto ricerca della persona* prima di affidar l'atto ai domestici (10 dicembre 1863, *Gazzetta dei Tribunali*, 1863, p. 1, pag. 357, *V.* appresso). Massima però che non deve portarsi sino a ritenere la necessità di una dichiarazione delle fatte ricerche: la legge anteriore non l'impose, e molto meno lo impone la presente. Sarebbe un creare la nullità. Ma stimo ben necessario che si dica che *la citazione non si potè notificare alla persona* (che implica la ricerca fattane): e senza ciò mancherebbe la causa, per cui si rese necessaria la notificazione suppletoria.

Mi giova insistere su questo punto importantissimo di diritto giudiziario (che io mantengo nel suo perfetto vigore eziandio col presente Codice), mentre la giurisprudenza delle Corti piemontesi non fu concorde, quantunque per l'affermativa concorra il maggior numero delle decisioni. Per la NEGATIVA (Casale, 27 dicembre 1855, BETTINI, vol. 2, pag. 182; To-

rino, 4 gennaio 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, pag. 237; Casale, 29 aprile 1856, *Gazzetta*, 1856, pag. 359). Per l'AFFERMATIVA (Torino, 27 ottobre 1855, BETTINI, vol. 2, p. 205; Cassazione 14 maggio 1858; Genova, 12 giugno, 1855, *Gazzetta*, 1855, pag. 632; Pinerolo, 26 giugno 1855, *Gazzetta*, 1855, pag. 661, e 12 settembre 1855, *Gazzetta*, 1855, pag. 685, e 4 marzo 1856, *Gazzetta*, 1856, pag. 590; Torino, 15 dicembre 1856, *Gazzetta*, 1857, pag. 73, e 11 dicembre 1857, *Gazzetta*, 1858, pag. 43, e 30 maggio 1856, BETTINI, vol. 2, pag. 644, e 27 aprile 1858, BETTINI, vol. 2, pag. 471). Qualche volta si è adottato l'equipollente, perchè infine formola sacramentale non c'è. Il dichiarare l'*assenza momentanea* equivale alla ricerca fatta, disse con ragione la Corte di Genova (16 novembre 1858, BETTINI, vol. 2, pag. 878). Altra volta si è detto che la dichiarazione d'*ignota dimora* fa supporre già premesso le ricerche opportune (Cassazione di Torino, 9 luglio 1858, BETTINI, vol. 3, pag. 55); ma in siffatta decisione non si potrebbe convenire.

b) Come s'intende *la casa in cui risiede l'amministrazione della società (commerciale)?* La casa di particolare abitazione dell'amministratore non è, propriamente parlando, la *casa dell'amministrazione*. Ma bisogna con questo articolo conciliare l'articolo 137. La *persona* a cui la ricerca dev'esser primamente volta, *è lo stesso amministratore:* le prescrizioni dell'articolo 139 sono sempre suppletorie. Ma si domanda se, per trovare questa medesima persona, l'usciere debba di preferenza *petere domum administrationis*, come sua propria e vera *residenza;* questione che ne involve un'altra, non meno grave e più feconda ancora di conseguenze, *la questione della competenza.* Ora ci conviene risalire a un'altra disposizione di legge, e tutte collegarle. Ci convien risalire all'articolo 96, ove troviamo che *l'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione, o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società.* L'interesse sempre crescente delle società commerciali dettò questa legge savissima. Adunque, *se l'usciere si dirige principalmente alla casa di particolar residenza dell'amministratore, e ivi lo rinviene, è regolare la citazione?* Rispondo sì. (Così fu deciso più volte in Francia, in fatto di società anonima, benchè la sede della società fosse altrove. Cassazione, 26 maggio, 1857 e 2 dicembre 1857; Montpellier, 17 agosto 1857; Colmar, 26 agosto 1857, DALLOZ, *Rec.*, 1857, tom. 1, pag. 300.) *Se l'usciere non incontra in quel luogo la persona dell'amministratore, dovrà pure farne ricerca ove nella sua qualità ritiene la sede?* Io fermamente lo credo, e non dovrà esser contento della prima ricerca, perchè ivi abita l'uomo, non propriamente l'amministratore; e perchè cercarlo nel centro della sua amministrazione è la via più diretta per rinvenirlo. *Non trovandolo ivi, potrà l'usciere dispensarsi dal ricercarlo nella casa di sua abitazione?* Sì. *Dovrà l'usciere accertarsi che il capo di un qualunque stabilimento sociale ha realmente mandato di rappresentare la società?* Senza dubbio, ove portì la citazione in luogo in cui non ha sede l'amministrazione (Cassaz. franc., 2 luglio 1858, DALLOZ, *Rec.*, 1858, t. 1, p. 397); non così se quel capo risieda in uno stabilimento designato a questo effetto, o come luogo di pagamento, o domicilio di elezione (nota DALLOZ, ivi); o ivi sia una delle sedi dell'amministrazione sociale, o almeno una succursale. Così in materia di strade ferrate (Cassazione franc., 15 gennaio 1851 e 26 maggio 1857, DALLOZ, *Rec.*, 1858, tom. 1, pag. 396; 16 maggio 1858, DALLOZ, *Rec.*, 1858, tom. 1, pag. 130; 3 aprile 1859, DALLOZ, *Rec.*, 1859, tom. 1, pag. 147; 30 agosto 1859, DALLOZ, *Rec.*, 1859, tom. 1, pag. 565). È stato ritenuto che una società commerciale s'intende aver sua sede eziandio dove si raduna l'assemblea generale degli azionisti, il consiglio di sorveglianza, ove le azioni si sottoscrivono, e dove altre operazioni di questa maniera si accentrano (Cassazione francese, 19 giugno 1846, e 4 maggio 1857, DALLOZ, *Rec.*, 1857, tom. 1, pag. 401). Nè in tale materia, nei grandi interessi che oggidì si accompagnano alle società di commercio, è lecito portare uno scrupolo eccessivo e imbarazzante.

c) *Se il convenuto ha più centri d'affari che all'apparenza sembrano avere la stessa importanza (equivale all'avere più domicilii), è valida la citazione recata all'uno o all'altro di tali domicilii?* Risponde affermativamente il DALLOZ, *Répertoire*, v° *Exploit*, n° 212; MALEVILLE, t. 1, pag. 123; MERLIN, v° *Déclinatoire;* LOCRÉ, *Esprit du Code civil*, t. II, pag. 213. Alcuno osserva che secondo lo spirito dei Codici moderni un solo e vero domicilio sembra esser in vista, e questa è anche l'opinione dei signori CATTANEO e BORDA, egregi annotatori del Codice civile all'articolo 16, alla cui nota su quell'articolo, molto ricca ed erudita, volentieri mi riporto. Un elemento preponderante vi ha sempre, o quasi sempre, per determinare la *sede principale;* e consiste nel luogo più assiduamente frequentato dalla persona del pro-

Digitized by Google

prietario, quello dove tratta i maggiori affari, ove la sua amministrazione è più concentrica ed operosa. Con tutto questo, e checchessia per altri effetti giuridici, serva di regola quella prudente riflessione del CHAUVEAU: « *Mais nous convenons aussi qu'en matière de signification, trop de rigueur, serait déplacée, et que la différence entre le domicile de droit et le domicile de fait, très-importante lorsqu'il s'agit de règler la compétence, l'est beaucoup moins pour la validité de l'exploit, en sorte qu'une assignation donnée au domicile de droit n'est pas connue* ».

Fin qui si è parlato del domicilio, che con proprietà di termini dicesi *reale;* nel quale cioè la *volontà del proprietario si argomenta dallo stato esteriore apparente.* Ma talvolta il domicilio risulta dalla volontà espressa dalla dichiarazione che fa la persona (articolo 17 del Codice civile); e *quando è conosciuto*, si antepone allo stesso domicilio reale.

d) Uno della famiglia, o *addetto alla casa* o *al servizio del convenuto*, *chi sia*, *e quali cautele devono usarsi.* — *Uno della famiglia* sarà il fratello, il figlio, la moglie, la nipote, conviventi col proprietario; *addetto alla famiglia* chi vi è attaccato con una incombenza stabile, un impiego, un ufficio che lo avvicina alla persona del proprietario, che ha consuetudine casalinga con esso lui: il segretario, il pedagogo de' suoi figli, che rendono un servizio, ma più nobile del *servitore* propriamente detto. L'usciere ne fa menzione, ed è principalmente necessario *esprimerne il nome*, *cognome e la qualità.* Una prudente cautela ingiunge si faccia manifesto con qualche segno il modo di comunicazione che si è avuta; e d'ordinario si usa dire che *si è parlato* con quella persona. Rimane ancora alquanto dubbio, come per lo passato (e in varie sentenze andarono il DE LANGLADE, il BONCENNE, e non poche decisioni da una parte, il CHAUVEAU, il THOMINE ed altre decisioni dall'altra), se sia regola assoluta l'obbligo di consegnare la citazione ad alcuno degli indicati, *proprio nella casa ove coabita col convenuto;* o si possa anche fuori, dato che in casa non fosse persona, ma fuori, a qualche distanza; all'uscire, per es., di chiesa, si trovasse la moglie o la fantesca. Non leggendosi prescrizione contraria, mancando il divieto formale, si seguirà la giurisprudenza meno severa, non apparendo un motivo, neppure per induzione, ad annullar l'atto. L'usciere poi non è tenuto a conoscere ognuno della famiglia, ma è tenuto a dichiarare lealmente il fatto; e se conosce l'individuo e la sua qualità, la sua relazione sarà positiva e come di fatto proprio; o esprimerà che quel tale ha declinato egli stesso il suo nome e la sua qualità. Grave differenza è per risultarne. Nel primo caso, se il convenuto impugnasse il fatto della consegna ad A. B., sarebbe costretto ad *iscrivere in falso*, ostando la dichiarazione del pubblico ufficiale; non così nell'altro caso. Ritengo imperfetta la redazione dell'articolo, ove non dichiara che *quell'uno* e *quell'addetto* debba significarsi dall'usciere col suo nome e cognome, almeno per quanto si annunziò egli stesso; e non dissimulo che qualche opinione sorge a sostener l'atto, ancorchè non espresso nome e cognome (CHAUVEAU in CARRÉ, all'art. 68). Sull'obbligo di esprimere la *qualità*, tutti sono d'accordo. Ma le autorità favorevoli alla nostra dottrina sono assai; ne rammento alcune (SIREY, t. IX, p. I, p. 149, t. XII, p. 1, p. 32; *Journal Av.*, t. XIII, pag. 56; 1 *espèce*, pag. 45; 3 *espèc.*, pag. 188, ecc.). E la ragione, che vale più dell'autorità, mostra tale formalità essere essenziale, come il solo mezzo di constatare la verità del fatto: il necessario controllo al qualunque arbitrio dell'usciere. Un forte argomento a me pare risulti da quanto la legge dispone in ordine al *portinaio* ed al *vicino*, tenuti a sottoscriver l'atto e far fede essi medesimi dell'esser proprio; che se questa formalità della sottoscrizione non è imposta ai famigliari, sarebbe troppo avversativo il concetto che neppure del loro *nome* e *cognome* fosse obbligato a tener nota l'usciere.

e) Qual è la persona incapace per età? Il DALLOZ insegnò che il consegnatario deve aver almeno quindici anni perchè si dica capace (*Répertoire*, v° *Exploit*, n° 255).

f) Vicino, chi è? L'articolo 4 dell'Ordinanza del 1667 diceva *al vicino più prossimo.* L'articolo 136 del Codice sardo del 1854 aveva determinata la vicinanza: *consegna la copia ad uno dei vicini abitanti nella casa stessa:* onde nascevano le più strane questioni (Cassazione di Milano, 16 dicembre 1863, *Gazzetta dei Tribunali*, 1863, pag. 361). Nel Codice del 1859 e nell'attuale *un vicino di abitazione.* Eccoci nell'indeterminato e nel ragionevole. In quell'epoca in cui il vicinato era fonte di privilegi, avrebbe dovuto costruirsi una teoria, ma vi regnò sempre dell'incertezza, dipendendo dalla natura del diritto che vi si annetteva, e dalla varietà delle applicazioni (BARTOLO, ALEXANDER, cons. 22; PACICHELLI, *De distant.*, c. VI, m. 6; BERTACHIN, *Répertoire*, v° *Vicinus;* FOURNEL, *Traité du voisinage; Commentario del Codice sardo*, vol. 2, pag. 224). È dunque ragionevole il lasciarne l'apprezzamento al giudice. *Un vicino* non è

neppure *il più vicino*. Il meno lontano non è sempre un vicino. In campagna vi sono distanze che dividono affatto. Il miglior criterio mi sembra quello del FAVARD DE LANGLADE: *vicini coloro le cui abitazioni sono così prossime da potersi vedere probabilmente ogni dì.* Ciò è dedotto dal fine che la legge si prefigge, che è sempre la miglior guida.

g) Che dire, se il consegnatario, portinaio o vicino, è in condizione di ostilità col convenuto? Ostilità intendiamo *opposizione d'interessi nella stessa causa.* La legge presume dei rapporti benevoli. Il vicino si reputa un mezzo amico. Il PACCHIELLI segnalò questa relazione morale scrivendo: « *Inter vicinos contracta videtur societas quædam ut alter alteri prodesse debeat* ». Questa presunzione può cessare; ma permane fino alla prova certa della opposizione d'interessi nel medesimo giudizio; la legge non può occuparsi delle gradazioni. Qualche volta si teme che il consegnatario possa parteggiare, e allora si presentano delle incertezze. Un *portiere* è suscettibile di affetto? La sua posizione media gli dà riputazione d'imparzialità, il suo stesso interesse fa credere alla sua fedeltà. Ma il DALLOZ ricorda due casi, onde si mostra fin dove possono essere spinte le cose. Esistendo questione fra il proprietario ed i locatarii, a quale delle due parti il *portiere* si riterrà inclinato? Una decisione francese (Parigi, 9 novembre 1830) disse valida la citazione in causa fra proprietario e locatarii, consegnata al *portiere.* Un altro tribunale, non di grande autorità in vero, atteso il grado, ma che io cito per la singolarità (Tribunale della Senna, 21 ottobre 1837), annullò in pari contingenza una citazione, perchè il *portiere* si deve credere parziale pei locatarii, ossia per gli abitatori della casa. (È il DALLOZ, che riferisce queste decisioni.) Meschino velleità! L'usciere adempie al debito seguendo, senz'altro, la norma legale. Se la citazione sarà stata realmente trasmessa al convenuto, cosa che la comparsa del convenuto proverà sempre, la questione non sorgerà. Ma potrebbe anche stabilirsi che la citazione fu consegnata al *portiere*, o non trasmessa; e il consegnatario, contro cui sta la sua stessa sottoscrizione, potrà esser tenuto ai danni.

h) Le regole sin qui considerate hanno luogo eziandio quando si tratti di citare un condannato; o deve mandarsi la citazione al luogo dove sconta la pena? Non parlando della rappresentanza legale di un curatore, che suole destinarsi al condannato, è certo che il luogo di pena non surroga il domicilio d'origine, che si ritiene sempre conservato (DOMAT, *Traité du droit public*, lib. I, tit. 16, sez. 3, n° 14).

Articolo 140.

Quando il convenuto abbia eletto domicilio, con indicazione della persona o dell'uffizio, la citazione può essere notificata alla persona o all'uffizio presso cui fu eletto il domicilio, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

Se la persona presso cui fu fatta l'elezione di domicilio fosse quella a cui istanza si fa la citazione, o se fosse morta la persona, o fosse cessato l'uffizio presso cui ebbe luogo l'elezione, la citazione si eseguisce come se l'elezione non fosse stata fatta.

Annotazioni.

1. Il domicilio può considerarsi in quanto sia eletto dall'attore, o dal reo; in quanto determini la competenza, o semplicemente il luogo della citazione. L'attore deve rispettare tutte le libertà del convenuto, e ciò forma gran parte della stessa difesa. L'attore adunque non può scegliere a se stesso il proprio domicilio se non in quanto giovi, o almeno non restringa la libertà del convenuto. Questo abbiamo già osservato trattando dell'art. 131, n° 5. Non avente domicilio nello Stato, *deve eleggerlo* nel Comune in cui siede l'autorità giudiziaria, nell'interesse della difesa contraria; se lo elegge, quantunque statista, esercita un atto della sua libertà, mentre vi pone limite. Ma quando il domicilio fu eletto da colui che di presente è convenuto in giudizio, allora se ne rilevano gli importanti effetti, e sono appunto di due maniere: *determinare il luogo della citazione*, *determinare la competenza.* L'art. 95 concerne la prima; e questo la seconda. Ora vedremo quando questi effetti siano congiunti, e quando distinti.

Intanto si vuol notare che il *domicilio eletto* ha un carattere *speciale;* il domicilio eletto non è mai generale. Già per so stesso implica un concetto di restrizione, ed ha qualche cosa di oppositivo al domicilio naturale. I vantaggi,

le prerogative, i diritti originarii od acquisiti, annessi al domicilio, non lo seguono, non gli fanno, a così dire, corona; e nell'ampio senso di questa parola non è mai surrogato, e non rappresenta mai il domicilio reale. È un domicilio convenzionale; parte o da un impegno contrattuale, o consegue da una data posizione in cui sogliono porsi gli uomini d'affari; inorto, improduttivo sino al momento in cui si dovrà rispondere di una obbligazione, è fatto a vantaggio altrui, e nella contemplazione o tacita o espressa di obbligazioni da realizzarsi. Una limitazione però può notarsi in qualche caso, della quale si parlerà or ora.

L'articolo 140 non riguarda che il modo e il luogo della notifica dell'atto di citazione; ma generalmente parlando è attributivo di competenza; *e ciò fin dove la privata volontà può disporre della competenza;* che è la facoltà di investire di *giurisdizione attuale* l'*auctoritas loci*, salvo le divisioni della *materia* e le gradazioni del *valore*. Ma quando per considerazioni d'ordine superiore la legge applica a certe controversie *giurisdizioni speciali* (articoli 92, 93, 97), l'effetto del domicilio eletto si limita all'effetto della notificazione.

2. È avvertenza importante che le norme graduali prescritte dall'articolo 130 non approdano di fronte a un domicilio di elezione: un altro ordine d'idee si presenta. Esso tien luogo della residenza, o meglio non si ricerca più la residenza; la volontà è più forte della legalità, alla coazione prevale lo spirito di libertà; si è già avvisati dal proprio fatto e dalla propria obbligazione, che in quella casa potremo esser citati, o vi abbiamo persone scelte e di confidenza che sorvegliano per noi: nulla di più sicuro. Ma varie domande non prive d'interesse possono farsi.

a) In presenza del domicilio eletto si notifica la citazione alla persona del convenuto?

b) Notificata la citazione alla persona, la competenza locale è determinata dal suo domicilio reale, o da quello di elezione?

c) L'attore può scegliere fra il domicilio reale e il domicilio di elezione?

La risposta al primo quesito non può esser dubbia. La notificazione alla persona, come modo supremo, non solo è sempre permessa, ma deve curarsi quanto mai si possa dalla diligenza dell'usciere; e la stessa notificazione al domicilio eletto si reputa suppletiva, non tenendo luogo che della residenza e del domicilio reale. Gli altri due quesiti hanno una relazione di cause e di effetti, che è d'uopo fermare con cura.

Generalmente, lo abbiamo già detto, la elezione del domicilio, per esser citato, è l'effetto di un'obbligazione. Ma qualche volta ancora può essere una stipulazione dello stesso citando, *fatta nel suo proprio interesse*. Supponiamo un contratto di forniture, un appalto di lavori, che deve eseguirsi in un dato luogo, nel quale, oltrechè si accumulano tutti i materiali e tutti i mezzi che possono servire al pronto o ponderato giudizio di una questione che su quel negozio fosse per nascere, sedessero tribunali in materie commerciali sommamente versati ed opportuni alla decisione della controversia; e diremo in Genova. Il fornitore che abita nell'altro estremo, in un paese ove il commercio languo, e poco si conosce di simili materie, in un paese dove in caso di contestazione non avrà alla mano le sue risorse e i suoi mezzi di difesa, elegge il suo domicilio in Genova, e risulta chiaramente che ciò fa nel suo proprio interesse, e forse non avrebbe altrimenti assunta l'impresa. Non ostante il patto, *potrà l'attore volerlo piuttosto citare al suo domicilio reale?* A questa prima domanda si è costretti di rispondere in modo affermativo. L'articolo propone semplicemente la facoltà, *la citazione* PUÒ *esser notificata*... D'altronde la giurisprudenza è risoluta su questo punto, ed universale. Ma la *competenza?* sarà essa decisa dalla stipulazione del domicilio, ancorchè l'attore non voglia usare della facoltà? Io credo che una simile elezione equivarrebbe a quella più formale ed espressa convenzione di eleggere per quell'affare i tribunali di Genova; convenzione che senza verun dubbio è lecita ed efficace. È anche la dottrina del PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 170, 171, del CARRÉ, quest. 270, del BOITARD, del CHAUVEAU, del THOMINE, ecc., da più sentenze delle Corti francesi consacrata. Applicabile al caso eziandio di *notificazione fatta alla persona*. Ma senza ciò, nella ipotesi semplice di un domicilio eletto, l'attore è libero di proferire a tutti gli effetti il domicilio reale.

3. Si domanda inoltre *se il domicilio eletto possa revocarsi*. In ogni caso la revoca non potrebbe mai aver luogo a giudizio cominciato. Ciò premesso, la domanda si scioglie con alcune distinzioni. O la elezione non ebbe causa in veruna obbligazione, e fu puramente volontaria; o la elezione fu determinata evidentemente e solamente nel proprio interesse. In amendue questi casi può revocarsi; o al contrario se, come ordinariamente, ebbe causa da una obbligazione, e fu quindi essa medesima obbligatoria (BACQUET, *Tract. des droits de justice*, cap. VIII, n° 16, seguito generalmente dagli autori.

Digitized by Google

4. Non havvi elezione di domicilio efficace, se non adempite le condizioni volute dall'articolo 140, e con esse è tutelato l'interesse della giustizia: la legge vuole un surrogato equivalente a quelle forti e rigorose cautele che venne accumulando nel 139. Ma che significa quella clausula, *osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente?* Non può intendersi che di ciò che è compatibile con questa forma di notificazione, che cioè, *non trovandosi la persona del domiciliatario*, si adoperi nei modi ordinati nell'articolo 139, si faccia la consegna a individui della famiglia, ecc.; ma esistendo *un ufficio* ove fu eletto il domicilio, la consegna sarà applicata a persona addetta a quell'ufficio, e possibilmente al capo di esso.

Articolo 141.

Chi non ha domicilio, residenza, o dimora conosciuta, è citato mediante

Affissione della copia alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si propone la domanda;

Inserzione di un sunto della citazione nel giornale degli annunzi giudiziari;

E consegna di una copia della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale civile nella cui giurisdizione siede la detta autorità.

Articolo 142.

Chi non ha residenza, domicilio o dimora nel regno è citato nel modo stabilito dall'articolo precedente. Il ministero pubblico trasmette la copia dell'atto di citazione al ministro degli affari esteri.

Quando abbia nello Stato un procuratore generale può essere citato nella persona di questo.

Annotazioni.

1. Non avere domicilio, residenza o dimora *conosciuta*, e *realmente non averne nel regno*, sono cose diverse. Quest'ultimo è lo straniero, riconosciuto tale. E tanto lo è che il *ministro degli affari esteri* non per nulla riceve dal pubblico ministero copia della citazione; egli la trasmette per via diplomatica, e deve sapere al ministro di quale Stato indirizzarla. Le cautele prese per quest'ultimo, cioè per lo straniero, sono maggiori per necessità, piuttosto che per arbitrio della legge, essendo naturale che un uomo, statista d'origine, e poi esulato in parti incognite, non possa ricercarsi direttamente, e sia d'uopo limitarsi a dare all'atto la *maggiore pubblicità possibile*.

2. Con disposizione saggia e nuova si abilita a citare *un procuratore generale* che fosse nello Stato. In tal caso dovranno anche praticarsi tutte le altre formalità dell'articolo 142? Non parmi in relazione colla facoltà di citare il procuratore che rappresenta in tutto la persona dello straniero.

3. Una parola sulla *competenza*. (È chiaro che non parliamo che di *competenza speciale*, essendo la giurisdizione dello Stato presupposta.) E posto che la persona del procuratore è quella che deve citarsi, non vi ha alcuna delle norme generali statuite alla validità della notificazione che non sia applicabile. È possibile dubitare, se, trattandosi di *obbligazioni contratte all'estero* (*V.* articolo 106), l'*azione personale* o *reale su beni mobili* sia da proporsi avanti l'autorità giudiziaria del luogo *in cui l'attore ha residenza* o *domicilio*, giusta l'articolo 107, o piuttosto dove risiede o domicilia il *procuratore* da citarsi. Perchè la *residenza del procuratore*, del suo rappresentante, non avrà in vantaggio di lui, straniero, quella efficacia che avrebbe la residenza sua propria? Perchè non gliene sarà tenuto conto ogni volta che si reputa vivere nello Stato, e come ivi esistente nella persona del procuratore può essere convenuto? Perchè si preferirebbe la competenza eccezionale, anormale ed eccentrica, dedotta dal *domicilio dell'attore?* Per verità non l'intendo, onde pongo le seguenti conclusioni: *a*) che lo straniero si ritiene avere la stessa residenza o domicilio nello Stato che ha il suo procuratore generale; *b*) che quindi sarà giudice, rispetto alle azioni personali o reali mobiliari che lo riguardano, *quello che siede nel luogo ove lo stesso procuratore generale ha residenza o domicilio, non dove l'attore.*

Digitized by Google

Articolo 143.

I militari in attività di servizio nell'armata di terra o di mare, e le persone assimigliate per legge ai medesimi, se non siano citati in persona propria, devono citarsi nel luogo della residenza o del domicilio a norma degli articoli 139 e 140; in questo caso una copia della citazione è consegnata al ministero pubblico presso il tribunale civile, nella cui giurisdizione siede l'autorità giudiziaria, davanti la quale è promossa la causa.

Il ministero pubblico trasmette la copia rispettivamente al comandante militare del circondario, o al comandante del dipartimento marittimo, in cui ha sede la detta autorità giudiziaria.

Annotazioni.

Mi valgano a schiarimento dell'articolo le parole della Relazione PISANELLI: « Un modo « analogo (alla disposizione dell'articolo prece- « dente) di citazione è stabilito pei militari in « attività di servizio, quando non venga loro « fatta personalmente. Contro la presunzione « generalmente stabilita dalla legge, che la « persona si trovi presente nel luogo della sua « residenza ordinaria o del suo domicilio, sta « un fatto certo e costante, nel caso in cui essa « abbia dovuto allontanarsene per causa di « servizio militare. Quindi la necessità di ri- « chiedere che la citazione sia fatta al conve- « nuto nel luogo in cui si trova per ragione di « servizio militare, affinchè raggiunga il suo « scopo principale; ma ciò sarebbe in molti « casi soverchiamente difficile. Onde il progetto « ammette che la citazione possa eseguirsi alla « residenza ordinaria o al domicilio che il con- « venuto tiene indipendentemente dal servizio « militare; se non che per maggior garantia « che la citazione pervenga a di lui notizia, il « progetto non si contenta più dei suddetti « mandatarii, ma vuole inoltre che una copia « dell'atto sia consegnata al pubblico mini- « stero, e da questo trasmessa al ministero « della guerra. A seguito dei cambiamenti di « guarnigione, delle partenze in corpi distac- « cati per servizi straordinarii, avviene spesso « che gli accennati mandatarii ignorino il luogo « preciso in cui possa trovarsi il militare con- « venuto in giudizio, la qual cosa non può « essere ignorata dal ministro della guerra e « dai Comandi che ne dipendono. Vuolsi poi « avvertire che i famigliari, le persone di ser- « vizio, il portinaio, i vicini di abitazione, que- « gli presso cui fu eletto il domicilio speciale, « il pubblico Ministero, il ministro della guerra « e quello degli affari esteri, tengono, in forza « del mandato necessariamente o volontaria- « mente accettato, la obbligazione di procu- « rare, nei limiti del possibile, che l'atto di « citazione pervenga a notizia del convenuto; « in qualunque modo però essi adempiano, o « se anche non adempissero a una tale obbli- « gazione, è palese che la citazione produrrà « tuttavia il suo effetto dal momento che fu « eseguita nelle forme anzidette ».

Una variazione per altro si vede avvenuta. Il progetto faceva capo al *ministero della guerra, al quale il pubblico ministero doveva trasmetter la citazione;* ora la legge mette in comunicazione diretta il pubblico Ministero col *comandante militare del circondario*, o *col comandante del dipartimento marittimo in cui ha sede l'autorità giudiziaria* della residenza o domicilio del militare, e si sarà creduto di meglio conseguire l'intento.

Precedenti storici. — Nell'antico sistema francese il domicilio del soldato era in mezzo al proprio reggimento o in guarnigione o in campo (RODIER, all'art. 3, tit. 2°, *Dell'ordinanza*, quest. 7, n° 6); sistema che espone a perpetuo moto, a variazioni continue l'indirizzo della competenza; faticoso e spesso ineseguibile, è nello stesso tempo irrazionale e spregiatore dei diritti della giustizia; considera il cittadino militante come diviso dalla famiglia nazionale, dalle sue facoltà e da' suoi doveri di cittadino; lo relega in una specie di mondo extralegale, subordina, si direbbe, la legge alla spada. Il Codice di procedura civile francese serba un silenzio, che gli scrittori di buon senso e la sapienza dei tribunali interpretarono come la esclusione di ogni privilegio e l'accettazione della legge comune (DUPARC-POULLAIN, *Princip. de droit*, t. II, p. 6; BONCENNE, t. II, p. 205).

Articolo 144.

Nei casi indicati nei tre articoli precedenti la citazione produce il suo effetto, quando l'attore abbia adempiute le formalità a lui imposte.

Nei casi medesimi l'autorità giudiziaria, presso cui è il ministero pubblico, non può, se non dopo d'averlo sentito, pronunciare in contumacia del convenuto.

Annotazioni.

È stata con ciò mantenuta la disposizione del Codice del 1859, art. 61. È palese la ragione per cui la comparizione del citato ci fa meno scrupolosi indagatori delle adempite formalità. Ma la contumacia dà, a così dire, l'allarme; noi diffidiamo, malgrado la loro abbondanza, delle stesse nostre cautele; temiamo che la citazione non sia pervenuta al suo destino, e chiamiamo come in aiuto la proverbiale esattezza e diligenza del pubblico Ministero. Sul resto, *V.* nota 6 all'art. seguente.

Articolo 145.

La citazione è nulla:

1° Se manchi una delle sottoscrizioni richieste dagli articoli 133, 134, 135 e 139;

2° Se per la inosservanza delle altre norme stabilite dagli articoli 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone, o sull'oggetto della domanda, o sul termine a comparire, o sull'autorità giudiziaria davanti cui è promossa la causa;

3° Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 135, 136, 137, 138, 139 e 140 riguardo alla persona che deve essere citata, o a quella cui deve essere consegnata la copia;

4° Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 140, 141, 142 e 143, per l'affissione dell'avviso o della copia, oppure per il deposito o per la consegna della copia.

Quando la nullità riguardi soltanto la notificazione dell'atto, la citazione è nondimeno efficace ad impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi nella sentenza che ne pronunzia la nullità.

Annotazioni.

1. Due ordini di fatti sono considerati e bene distinti in questo gravissimo e importantissimo articolo; in quanto o riguardano l'atto di citazione nella sua forma *espositiva* o nella sua forma *esecutiva* (la notificazione). La citazione ha il moltiplice scopo di rendere manifeste al convenuto le pretensioni dell'attore; di eccitare la giurisdizione, descrivere e limitare il campo della sua attività.

L'*autenticità* dell'atto; ecco ciò che la legge vuole assicurare anzitutto. Senza ciò è vano il compimento di tutte le altre formalità. L'autenticità è *l'intervento del pubblico uffiziale* destinato a questa funzione. Per esso l'atto riceve il carattere della legalità; si esclude l'arbitrio della privata autorità; s'impone la obbedienza; s'imprime il suggello della verità alle operazioni che importa di eseguire. Il concetto è elevato più di quello che si crede, e la legge non può esser tacciata di rigore.

2. Il n° 2° ci trasporta sul terreno delle *nullità accidentali*. Ora si tratta della *cognizione;* il tema però non è soltanto subbiettivo, ma tiene ancora dell'obbiettivo. *Vi siete spiegato abbastanza chiaramente per essere inteso?* È possibile che il convenuto siasi ingannato per le espressioni che avete usate? *Ecco il primo intendimento.* Ma ce n'è un altro: quello di porgere alla contestazione giudiziale delle basi positive; quello di determinare sì alle parti che al giudice la materia o il campo della disputa; quello di assicurare alla cosa giudicata una efficacia incontestabile. Quindi è che, *parlandosi di persone,* s'intende *tanto quella del reo*

che dell'attore. Si deve primieramente sapere *chi sia il soggetto* del diritto preteso: ciò quanto all'attore; ch'egli conosca abbastanza se stesso, non rileva; deve anche farsi conoscere. Se il convenuto comparisce, quantunque chiamato con falso nome, perchè ha potuto indovinare di essere scopo a quella istanza, o perchè l'usciere, pure indovinando, l'ha portata a casa sua, potrà nonostante eccepire l'*assoluta incertezza*, risultante da una indicazione che punto non conviene alla sua individualità. Fingiamo ch'egli sia volgarmente conosciuto per un sopranome, o nomignolo, come dicesi in Toscana, e per quello sia stato citato, omesso il suo vero cognome, col quale d'altra parte è scritto negli atti civili, in tutti gli atti pubblici in cui intervenne, nella lista degli elettori, nelle tavole del censo, ecc. Una sentenza nata sotto nome supposto, oltrechè sarebbe uno scherno, oltrechè troverebbe da per tutto ostacoli alla sua esecuzione, non avrebbe mai quella influenza che le è dovuta sulle relazioni civili della persona giudicata, in quanto ad esse si estende. *Non si tratterebbe adunque in questo caso straordinario di un difetto cadente sopra un elemento puramente soggettivo, nè quindi di una nullità meramente accidentale.*

3. Che deve dirsi propriamente in questo caso? Deve dirsi che *il nome manca del tutto;* ond'entra la ricerca se la espressione della legge, *incertezza assoluta*, sia riferibile *alla incompiutezza e alla erroneità* del nome oggetto, o termine significato; o si accomodi eziandio ove manchi ogni significazione, e nella *omissione totale.* « Una menzione prescritta dalla legge è *omessa*, se non esiste nell'atto; è erronea, se esiste in un modo diverso dalla realtà delle cose o dal precetto del legislatore. » MANCINI, *Comment. al Codice sardo*, vol. 2, p. 148.

Assoluta incertezza significa stato di fortissimo dubbio dell'animo, molto vicino allo stato d'ignoranza invincibile. La giurisprudenza, nel lodevole interesse di ovviare alle nullità, e colpita dalla energica formola usata dal legislatore, si è mostrata, d'ordinario, mite e benigna verso simili errori, studiando la realtà dei fatti, in qualunque modo apparissero, anzichè far troppo conto della impressione che il convenuto avrebbe potuto riceverne. Perciò, quando, per esempio, l'errore di nome è riparato da altre indicazioni che presentano gli atti, mentre la identità della persona non è controversa, si decise molte volte per la reiezione della nullità (Corte d'appello di Torino, 8 maggio 1855, 20 novembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, pag. 10; 13 dicembre 1856, *Gazz.*, 1857; pag. 356; Corte di Casale, 4 dicembre 1857, Cassazione 27 febbraio 1857; MAUREL e DURANTE, ecc.). Esempi di rigore s'incontrano dappoi, e sembra, per quanto anche ci attesta la grave autorità del Mancini, che la giurisprudenza siasi fatta più severa col tempo.

Fermiamoci un momento sulla *omissione totale.* La dizione *inosservanza delle forme* per certo la comprende. Vi è inosservanza quando si fa in un modo disforme o contrario alla legge, o anche quando non si fa nulla di quello che la legge prescrivo. In questa ultima ipotesi però non si tratta d'*incertezza* di qualsivoglia grado: vi è l'evidenza della violazione; la certezza del fatto contrario alla legge. La nullità adunque, come *de minori ad majus*, è di conseguenza. Quindi lo scambio totale del nome, in quanto serve a distinguere la persona nella comunanza sociale (quello di famiglia, il *cognome*), secondo l'esempio dato di sopra, anche non controversa la identità personale, è violazione evidente.

4. Perciò la citazione è nulla ove sia stata omessa una delle quattro enunciazioni cardinali della citazione; *le persone, l'oggetto della domanda, il termine a comparire, l'autorità giudiziaria* (THOMINE, all'art. 61, procedura civile, n° 87). Ma qui cominciano a spuntare delle questioni che verremo segnalando.

5. **Questioni.** — *a) La omissione totale della residenza, domicilio o dimora del convenuto arreca forse la nullità dell'atto di citazione?* La legge che odia con ragione le *incertezze*, ora ci fa provare quella mala compagnia. Dal presente numero dell'articolo 145 noi abbiamo dedotto un argomento che non falla; se la *incertezza assoluta*, in ordine ai quattro già indicati e sostanziali requisiti della citazione, rende inevitabile la nullità, molto più la omissione totale, che letteralmente conculca il precetto. Ma dai varii enunciati della citazione avendo la legge prescelti e messi in vista quelli che noi appelliamo i cardini della parte espositiva dell'atto di citazione, sembra potersi, con eguale sicurezza, argomentare che le altre enunciative non sono di tutto rigore. Esaminando la questione sopra formulata, i procedaristi francesi si sono divisi. Il CARRÉ ha detto che bisogna sostenere la citazione finchè non si provi che la omissione della indicazione del domicilio reale avesse recato al convenuto *un vero pregiudicio* (addit. alla quest. 296, art. 61, proc. civ.). Alcune decisioni avvaloravano questa dottrina. Il maggior numero però degli scrittori, senza rigettare gli equipollenti bene accertati, e così pure il maggior numero dei tribunali (PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, pag. 175; CHAUVEAU in CARRÉ, detta quest.; FAVARD DE

LANGLADE, t. 1, p. 136, ecc.; Cassazione francese, 9 marzo 1825, *Journal Av.*, t. XXX, p. 268; Cassazione belga, 1° aprile 1833, *Journal Av.*, t. XXXV, p. 194, ecc.) sentono per la nullità, mossi da questo che la menzione del domicilio dà norma ad atti bene importanti della procedura, fra i quali agli atti esecutivi.

In questa grave controversia si presenta tosto alla mente un riflesso; ed è che la *indicazione della residenza, domicilio o dimora del convenuto* dovrà pur sempre apparire (altrimenti la nullità è sfolgorante) dal processo verbale o relazione della notifica che l'usciere avrà eseguita, onde si troverà un compenso alla incorsa omissione.

Del resto le nullità non si creano: questa non è pronunziata dalla legge. *Ma non sarebbe una di quelle nullità che tengono all'essenza dell'atto?* Niuno, io credo, varrà a dimostrarlo. E due argomenti derivanti dalla lettera della legge stanno ad escluderlo. Uno è tolto da questo medesimo numero dell'articolo 145, che non se ne occupa, che non accenna punto a simile difetto. L'altro argomento parte dall'articolo 133. La forma compendiosa della *citazione per biglietto* non vuole che si trascuri alcuna delle enunciative essenziali all'atto: lo ha detto lo stesso Ministro guardasigilli nella sua relazione. Eppure di residenza, domicilio, ecc., non si fa parola. *Concludo, non essere una di quelle omissioni che porti nullità.*

b) Si verrà nella stessa conclusione ove l'attore non abbia indicato il proprio domicilio, o non lo abbia eletto secondo le prescrizioni dell'art. 134, *n°* 3? Valgono gli stessi argomenti, e non potrebbe prendersi una conclusione diversa. Ma la citazione sarà tuttavia talmente imperfetta che il convenuto avrà diritto di opporsi e di concludere per l'assoluzione dall'osservanza del giudizio, semprechè l'attore, in un termine che gli sarà assegnato, non faccia le dichiarazioni di ragione.

c) Che s'intende propriamente per oggetto della domanda? La trascuranza dell'enunciazione delle ragioni di fatto e di diritto produce nullità? L'*oggetto* della domanda giudiziale è *morale* o *materiale*. La legge, a mio vedere, esprime questi due termini obbiettivi ai numeri 2 e 3 dell'articolo 134. Quest'ultimo numero certo non è riferibile che alla cosa materiale, al mobile, all'immobile, al *saccudum* del deposito che deve restituirsi, e ne fa convinti quella locuzione, *l'indicazione della cosa... con le particolarità che servono a determinarla.* Diremo che il numero 3 è relativo dell'*azione reale:* diremo che la prima di queste disposizioni è caratteristica della citazione formale, e ci dev'esser sempre; che la seconda non si rende necessaria, se non appunto nei giudizi di azione reale, che *rem appetunt;* che amendue vengono sotto il nome generico di *oggetto della domanda.* Scopo della legge è che si conosca in un modo sufficiente *cosa si vuole, e perchè si vuole.* L'*oggetto della domanda* è un concetto complesso, e di elementi sostanziali si compone. Se Tizio espone di volere da me mille lire che gli debbo, il valent'uomo parla chiaro; ma non facendo il menomo cenno dei titoli e delle ragioni, manifesta una pretesa, *non un oggetto giuridico*, che lo debbo potere in qualche modo analizzare per comprenderlo nella sua vera forza. La *causa petendi* e la *res petita* si combinano e formano l'oggetto. Niuna di codeste parti può essere impunemente omessa; e la questione di nullità fa ragione del loro insieme.

6. *Dei numeri* 3 *e* 4 *dell'articolo* 145. Per tutto che concerne 1° *le persone da citarsi*, 2° *la notificazione dell'atto*, la legge non ammette transazioni: è inesorabile. La ragione è palese, nè occorre discutere. In mezzo a tutto questo vi ha per altro qualche disposizione che non vuole sfuggire inavvertita.

Dicesi nel numero 4 che la citazione è nulla *se siansi violate le norme stabilite dagli articoli* 142, 143. Rammento che alcune funzioni della notifica sono imposte all'attore, altre sono affidate al Ministero pubblico. Nell'articolo 142 è la *trasmissione della copia dell'atto di citazione al Ministro degli affari esteri;* la copia, secondo l'articolo 143, *si trasmette dallo stesso Ministero pubblico al comandante militare del circondario, ecc.* Se questa è pur grave e rilevante formalità è trascurata, se il pubblico Ministero non trasmette la copia della citazione, *l'atto sarà nullo?* Ma per venire a questa conclusione bisogna ammettere che la parte è risponsabile della negligenza del magistrato, mentre dal canto suo ha adempito l'obbligo che le incombeva. Si osserva in contrario doversi principalmente vedere se l'atto sia perfetto e compito in se stesso, se risponda e serva al fine che la legge si è proposto: che importa se la colpa è piuttosto di un pubblico ufficiale che della parte? Non è forse comune e giornaliero che le conseguenze del suo errore, ricadono sulla stessa parte? Se l'usciere, se il giudice sbaglia, le citazioni e le sentenze sono nulle. Il CARRÉ, consultato sulla questione, si pronunciò favorevole, nel suespresso caso, alla validità dell'atto. Senza mettere in dubbio la massima generale, se ne liberò con una distinzione. Gli piacque di osservare il pubblico ufficiale sotto la veste di

mandatario dell'una o dell'altra parte; e disse che l'atto doveva giudicarsi valido o nullo, in quanto la inosservanza fosse da attribuirsi al mandatario del convenuto, o a quello dell'attore. L'*usciere*, secondo lui, è mandatario dell'attore; quindi degli errori suoi è responsabile lo stesso attore, e la citazione è nulla. Per contro il *Ministero pubblico è mandatario del convenuto*, e ne conseguita che, malgrado la trascuranza di formalità sostanziali (come quella di trasmettere la copia dell'atto in luogo di più facile, di più pronta e sicura comunicazione), la citazione si sostiene ed è valida. (La consultazione del CARRÉ è riferita, senza commento, e quindi con piena approvazione, dal CHAUVEAU nella quest. 374, quinq., e fu pure sentenza del BOITARD.)

Resta ora che quei giureconsulti ci spieghino se il magistrato giudicante sia mandatario dell'attore o del convenuto, o di amendue le parti, dappoichè le nullità che provengono dal fatto suo, sopra esse ricadono inesorabilmente.

Noi non abbiamo bisogno di codeste finzioni di un chimerico mandato. Ci basta la positiva volontà della legge, che nell'articolo 144 ha stanziato che *la citazione produce il suo effetto quando l'attore abbia adempite le formalità a lui imposte*. E ciò, io ritengo, ha voluto il legislatore, perchè non ha stimate sostanziali le formalità affidate al Ministero pubblico; per non imbarazzare il giudizio con ricerche estranee; e perchè non ha creduto indispensabile di garantire la esecuzione sotto la sanzione della nullità, moralmente convinto che il pubblico Ministero non mancherà al debito suo.

7. *Ma convien conciliare la disposizione del numero 3 dell'articolo 145 coll'articolo 414.* È facile. Osservate che vi è nullità se siansi violate le norme stabilite per l'*affissione dell'avviso* o *della copia*, oppure *per il deposito* o *per la consegna della copia*; ecco fissato il limite. Laonde sono materia di nullità le tre forme dell'articolo 141. Alla consegna che della copia si fa al pubblico Ministero (articoli 142, 143) finisce l'obbligo dell'attore.

8. L'ultimo capoverso dell'art. 145 è un temperamento di cui bisogna tener buon conto al nuovo Codice. Con esso si vuole esprimere, e si esprime infatti, quel concetto: essere la notificazione opera propriamente dell'usciere, e non imputabile all'attore: *per cui il dannoso effetto che ne consegue è ritenuto nei limiti del necessario*. È necessità annullar l'atto; o, meglio, l'atto non esiste. La domanda giudiziale può avere l'importantissimo effetto d'interrompere la prescrizione (articoli 2125, 2126 del Codice civile). Ora, se la nullità ferisce per causa di errore nella notificazione, e non accade per intrinseco e sostanziale difetto, imputabile, come si è detto, all'attore, la citazione non sarebbe meno interruttiva della prescrizione, quando fosse rinnovata nel termine che la sentenza verrà assegnando, ove ne sia il caso.

9. *Quali sono le conseguenze, se l'originale e la copia della citazione non sono conformi?* La legge parla di *copia dell'atto di citazione da consegnarsi al convenuto*; e altro non aggiunge: ma non è copia quella che non è conforme all'originale, qui, dove trattasi di materiali scritture (ove non è opera d'arte); qui copia conforme significa un *esemplare intero* dell'atto di citazione. Una giurisprudenza che conta, si può dire, a volumi i suoi pronunciati su quest'articolo di diritto (salvochè non sia errore indifferente e di copista, e non di cosa sostanziale), dispensa da ogni ragionamento.

Ma qualche illustre procedurista (nomino tra questi il CARRÉ) non tenne lo stesso avviso, qualora, essendo piena e perfetta la copia, *l'errore invece si trovasse nell'originale*, essendo la copia il solo e vero titolo di cui può valersi, e dal quale deduce le cognizioni che gli sono necessarie, il convenuto. Il BOITARD, il BONCENNE ed il CHAUVEAU furono giustamente nella opposta sentenza, osservando che l'originale vizioso non è originale, non è nulla, è cosa informe; che la copia è un referente a cui mancherebbe il relato; che la massima *la copia rappresentare l'originale* è totalmente nell'interesse del convenuto, ecc.

Mi permetto un avvertimento che mi suggerisce la esperienza. Vidi accorti causidici approfittare del difetto, e rovesciare ponderosi giudizi. La copia non si contenti del nome di quello dei convenuti a cui sarà notificata; ma porti il nome di tutti i convenuti. *Non sarebbe copia conforme all'originale; non sarebbe intera.* Il convenuto deve poter leggere anche i suoi compagni di difesa, molto più i suoi oppositori (in un giudizio, per es., di graduatoria): allora soltanto egli può farsi un'idea precisa della situazione.

Articolo 146.

Quando la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da citarsi, il tribunale o la corte può, sentito il ministero pubblico,

autorizzare la citazione per proclami pubblici, mediante inserzione nel giornale degli annunzi giudiziari e nel giornale uffiziale del regno, con le cautele consigliate dalle circostanze, e designa, se sia possibile, alcuni fra i convenuti ai quali debba notificarsi la citazione nei modi ordinari.

Se la causa si debba promuovere davanti un tribunale di commercio, o davanti un pretore, l'autorizzazione non può accordarsi che dalla corte di appello da cui dipende il tribunale di commercio, o dal tribunale civile da cui dipende il pretore.

Annotazioni.

1. Così è stata conservata la disposizione dell'articolo 66 del Codice del 1859, ma ampliata nel suo ordinamento, e ne ha guadagnato di chiarezza e altresì d'importanza. L'aggiunta è il capoverso dell'articolo.

L'economia limita la legalità. C'è quanto basta dal lato della sicurezza. Tanto è il numero degl'interessati, che è impossibil cosa che i pubblici annunzi sfuggano ad ognuno. Niuna migliore e più saggia cautela che quella di scegliere alcuni fra i citandi, che sono sempre quelli che hanno principale interesse, per una comunicazione personale. Ma questo modo di notificare la citazione non può esser rilasciato all'arbitrio dell'attore: *dev'essere autorizzato;* emana formalmente, si noti la parola, *de auctoritate judicis.* L'articolo 66 diceva: *il tribunale o la Corte potrà, sentito il pubblico Ministero, autorizzare, ecc.* Anche il tribunale di commercio? Ciò rimaneva dubbio. Non parlandosi del giudice singolare (allora del mandamento), poteva credersi che in quei giudizi la *citazione per proclami* non fosse concessa. Il testo della disposizione escludeva che il giudice potesse impartire l'autorizzazione; ma chi doveva impartirla per lui? Ora tutto questo è chiaro. Il rito ha ricevuto una certa elevazione, una certa notevole importanza, quando è stato espresso che *nelle cause del tribunale di commercio* l'autorità appartiene *alla Corte d'appello;* e nelle pretoriali, a quel tribunale da cui dipende il pretore.

Non ha stimato il legislatore che una tale combinazione, anche rara o difficile per sè, potesse verificarsi nelle infime cause del conciliatore. Il caso è escluso, e non può introdursi per analogia.

2. *Ma questo modo di notificazione non si estende ad altri atti oltre la citazione introduttiva del giudizio? non alla notificazione delle sentenze?* Io credo assolutamente no. Vero è che l'articolo 368 (*V.* l'articolo) si esprime in maniera da far supporre che il rito non sia diverso: ma, posto come positivo che codesto straordinario modo di notificazione non è espressamente divisato che per le sole citazioni; posto che l'articolo 368 deve coordinarsi alle disposizioni che immediatamente lo precedono, mancherà alla supposta estensione qualsivoglia legale appoggio; o che la legge non si trovi più così incalzata dal bisogno di agevolare il giudizio, o che la sentenza presenti alle singole individualità un maggiore e più serio interesse, e si reputi quindi necessaria la notificazione dell'atto autentico alle singole parti.

CAPO II.

DEL TERMINE PER COMPARIRE

OSSERVAZIONI GENERALI

Il *termine a comparire* è una delle parti integranti della citazione: è uno degli elementi costitutivi della sua forma. Rigorosamente esatta sarebbe stata quella epigrafe che fosse stata proposta col titolo *della forma della citazione*, che è complessa, organica, e inscindibile unità. Io ne avrei fatto un solo Capo, in due parti diviso, a significare il concetto unico veduto nei suoi principali argomenti: di fatti il termine, di cui parliamo, è tutto proprio della citazione.

Digitized by Google

Articolo 147.

Il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori non può essere minore:

1° Di giorni due, se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire siano nel territorio dello stesso comune;

2° Di giorni tre, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni diversi dello stesso mandamento;

3° Di giorni quattro, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti limitrofi;

4° Di giorni sei, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti non limitrofi, ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale civile;

5° Di giorni dieci, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisdizione della stessa corte d'appello.

In tutti gli altri casi il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori è regolato dai numeri 4° e 5° dell'articolo seguente.

Articolo 148.

Il termino per comparire davanti i tribunali civili o di commercio, e davanti le corti di appello deve essere almeno:

1° Di giorni dieci, se il luogo in cui si fa la citazione e quello in cui si deve comparire, siano nel territorio dello stesso comune o dello stesso mandamento;

2° Di giorni dodici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni e mandamenti diversi, ma nella giurisdizione dello stesso tribunale;

3° Di giorni quindici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisdizione della stessa corte d'appello;

4° Di giorni venti, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni di tribunali non limitrofe, ma compresi in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello;

5° Di giorni venticinque in tutti gli altri casi, salvo i maggiori termini stabiliti dall'articolo 150.

Quando si tratti di controversie che riguardino lettere di cambio o biglietti all'ordine, o equipaggi, viveri, attrezzi, riparazioni di navi pronte a far vela, o di altre controversie marittime, la citazione può farsi in via sommaria, e in questo caso il termine per comparire è quello stabilito nell'articolo precedente.

Articolo 149.

Le giurisdizioni territoriali separate dal mare non sono riputate limitrofe.

Articolo 150.

Il termine per comparire davanti le autorità giudiziarie del regno da uno Stato limitrofo è di giorni quaranta.

Digitized by Google

Se lo Stato non è limitrofo, ma in Europa, il termine è di giorni novanta.
Se lo Stato non è in Europa, il termine è di giorni cento ottanta.

Annotazioni.

1. *Base razionale del termine.* La legge giudiziaria divide e distribuisce ai litiganti il tempo e lo spazio, onde ciascuno possa liberamente usarne, quando a raccogliere e ordinare i mezzi della difesa, come avviene nel processo contenzioso, quando per compulsare le proprie risorse e riscattarsi dalla insistente pressione del creditore, come si fa nel processo esecutivo. La distanza *fra il luogo in cui si riceve la citazione, e quello in cui si deve comparire*, si direbbe la materia, di cui il termine stesso è la forma. Una comodità sufficiente, ecco ciò che ci vuole alla libertà della difesa; del resto il rapporto materiale della distanza, con quello del tempo che è dato a percorrerla senza troppo affanno e con un poco d'agio almeno per guardarsi attorno e prepararsi alla risposta, è determinato dalla legge positiva. I principii elementari del termine sono i seguenti: *a)* la distanza; *b)* la qualità della causa considerata nella sua propria natura e nelle sue circostanze; c) la qualità della causa dedotta dal grado e dalla dignità del magistrato giudicante. Il primo e il terzo dei divisati elementi sono *formali*, ossia regolati dalla legge generale; il secondo è *accidentale* e *variabile*.

I giudizi avanti il conciliatore e il pretore si ritengono di minore importanza che quelli avanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le Corti d'appello. *Si reputa che maggiore spazio per preparazione di più grave difesa occorra nei secondi che nei primi.* Di qui il doppio ordine di termini, il primo segnalato nell'articolo 147, il secondo nell'articolo 148. Siffatta diversità di termini riferita costantemente alla diversa qualità e grado dei tribunali, non ha altra base razionale che questa. Onde si raccoglie che quella medesima causa che recata prima alla tenue giurisdizione del pretore, indi passa in grado d'appello al tribunale civile, viene perciò considerata di maggiore importanza; e con ragione, essendo che il secondo e decisivo esperimento contiene realmente un interesse superiore.

Se si vuole un riscontro di quello che ho chiamato *elemento accidentale e variabile*, esso può vedersi nelle particolarità indicate nell'ultimo periodo dell'articolo 148, e più generalmente prelnse nell'articolo 154.

2. *Calcolo del termine.* La più o meno lunga durata del termine è una delle pronunciazioni che sono in dominio del legislatore, date queste due regole che deve rispettare: 1° tempo sufficiente allo scopo; 2° gradazione razionale e armonica distribuzione, avuto riguardo ai varii elementi che possono concorrere nel concetto concreto del termine.

L'unità di misura delle distanze è una delle norme fondamentali, e prima fra le materiali, che appartengono alla sistemazione del termine.

Per lo più, all'uso del francese, i Codici hanno adottato (eccetto che per gli esteri) di fissare un termine pei giudizi avanti i giudici inferiori, un altro avanti i superiori, per es., di tre giorni rapporto agli uni, di otto giorni rapporto agli altri, aumentando indi il termine in ragione di una distanza considerata al di là di una data periferia assegnata al territorio del tribunale. Questo modo di calcolare è stato in vigore sino ad oggi, credo, in tutte le procedure; ma il Codice novello si è emancipato dal vecchio sistema.

Persuaso di avere distribuito colla maggiore regolarità il proprio territorio alle varie e graduali categorie degli ordini giudicanti, il legislatore ha preso per misura di distanza i centri e le circonferenze di codeste sfere giudiziarie; ed è asceso per questa scala: 1° il Comune; 2° il mandamento (territorio pretoriale); 3° territorio del tribunale civile; 4° territorio della Corte d'appello. Poi suddivide il mandamento in Comuni, la giurisdizione del tribunale in mandamenti, ecc., e distingue il caso dei mandamenti limitrofi o non limitrofi, ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale, o non compresi, e via discorrendo. Il sistema è ingegnoso: specie di scacchiera del territorio dello Stato, e fa piacere il vedercelo quasi geograficamente spiegato sotto gli occhi. Se non porti difficoltà e imbarazzo, lo vedremo in pratica. Occorre di avvertire che siffatti termini sono inalterabili *in meno*, ma si può, senza incorrere in nullità, accordarli *alquanto più estesi*. Dice l'articolo 147: *il termine... non può esser minore;* e l'art. 148: *il termine... dev'esser almeno...*

Accade realmente che il convenuto può essere citato in un luogo, e dover comparire in un altro molto lontano nel vasto comprensorio del Regno, e ciò principalmente in due casi. Se trattisi di *azione reale;* uno che sta a Palermo, dovrà comparire in un tribunale del-

l'alta Italia, a Novara o a Brescia, ove esiste l'immobile. O di *azioni personali*, ma da giudicarsi in certe sedi determinate dalla legge, per es. dove una società ha il suo centro di operazioni, dove si è amministrata la tutela, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto, ecc.

3. Nel nuovo Codice abbiamo la *citazione in via sommaria* (ultimo capov. dell'art. 148). Il procedimento sommario lo troviamo successivamente annunziato nell'articolo 155. Qui la citazione sommaria è semplicemente quella che porge *termini abbreviati*, i termini descritti nel precedente art. 147. Ma infine la disposizione non concerne che le cause commerciali dipendenti da *lettere di cambio*, o *biglietti all'ordine*, o *controversie marittime*, che generalmente dovrebbero trattarsi a termine, come sopra, abbreviato.

4. **Questioni.** — *a) Se il convenuto che ha la sua residenza o domicilio molto lontano dalla sede del tribunale a cui è chiamato, riceve in persona l'atto di citazione in luogo prossimo allo stesso tribunale, dovrà godere di quel termine che gli sarebbe stato assegnato se fosse stato citato alla sua residenza o domicilio?* In Francia è questione risolta in senso affermativo. « *En principe*, dice il CHAUVEAU, *le délai de distance doit toujours être observé, soit qu'on assigne le défendeur à son domicile, soit qu'on lui notifie l'exploit à personne, au lieu même où il doit comparaître* » (quest. 379 in CARRÉ, art. 74). La ragione che egli ne dà con DALLOZ e THOMINE è questa, essere ragionevole che gli sia concessa quella comodità del termine nell'interesse della sua difesa, presumendosi sempre che ognuno ritenga nella propria casa le carte e i documenti dei quali dovrà valersi. Secondo quella legislazione, il termine comune degli otto giorni riceve l'aumento di un giorno ad ogni tre milliametri di distanza (Ordinanza del 1667, Codice di procedura civile, art. 1033). Una eccezione esiste per ciò che riguarda gli stranieri, come or ora dirò, e con ciò si conferma la regola. La sorpresa di quell'uomo a breve tratto dal seggio del tribunale, come meramente accidentale, si ritiene non potere influire sulla sua posizione giuridica. Ma qualunque sia la ragionevolezza di tale principio, *non sarebbe possibile una conclusione simile secondo la legge nostra attuale.* Fra due punti ben definiti si circoscrive e si rinquadra, per così dire, il termine. *Il luogo in cui si eseguisce la citazione — e quello in cui si deve comparire.* Cosicchè se un abitante di Messina è citato avanti un pretore di Genova per un'azione reale, non avrà che *due giorni.* Questo principio generale della nostra legge risolve ogni dubbio anche rapporto al domicilio d'elezione. La notificazione fatta al domicilio eletto è come fatta alla persona; e dalla sua distanza al luogo ove siede l'autorità giudiziaria, il termine è computato (*V.* sotto questione *c*).

b) Se uno straniero è citato in persona in qualche paese del regno, godrà il termine assegnato dall'articolo 150?

Precedenti storici. L'art. 74 del Codice di procedura francese dice: « *Lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France sera donnée à sa personne en France, elle n'emportera que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y a lieu* ». L'art. 74 modificava, con ben calcolato proposito, l'articolo 73, che largheggiava nel tempo a favore dei citandi fuori dello Stato poco più di quello che si faccia adesso, malgrado la maggiore facilità e rapidità delle comunicazioni. Era pertanto legge in Francia anteriore al Codice, per la quale, abbenchè la citazione fosse consegnata allo straniero entro i confini del regno, il termine continuava ad esser quello che doveva venirgli assegnato se l'avesse ricevuta fuori: il che, fu osservato nell'*Exposé des motifs*, tornava spesso a gran danno dell'attore. D'altro lato questa disposizione poteva credersi anche troppo severa, per non dire ingiusta: come rispondere a un appello così improvviso, e una chiamata tanto subitanea, se l'affare era grave, se quello straniero non poteva consultare le sue memorie, i suoi libri, forse a Washington o a Calcutta? Piacque, o fu lodato il temperamento a cui si era già acconciata la Legge del 28 germinale, anno XI; non concedendo in questo caso altro termine oltre quello che al nazionale si sarebbe dato, faceva abilità al tribunale di *prolungarlo*, *se e come fosse prudente a farsi* (*s'il y a lieu*).

Soluzione. Se la differenza dal luogo della consegna della citazione al luogo dell'udienza costituisce la distanza o segna il termine (articoli 147, 148), è questione finita: lo straniero, non più considerato come tale, in qualunque parte del mondo abiti, citato in persona, sarà soggetto a quella regola: peggio per lui se si è lasciato cogliere troppo vicino al tribunale! Nelle cause ordinarie o formali (procedimento formale) gli resta pure una certa comodità di difesa: ma se trattasi di procedimento sommario, che equivale a *udienza fissa* (art. 155), il caso è di una vera gravità; la disposizione diventa seria, da meritare, lo penso, una riforma. Tanto più che la legge non tempera in verun modo la strozzante angustia del termine, quantunque qualche riguardo di tempo non

possa esser negato al prudente arbitrio del giudice.

c) *Se lo straniero è citato al domicilio eletto, gli sarà assegnato il termine comune*, o *piuttosto quello dell'articolo* 150?

Precedenti storici. La tradizione francese ci offre dubbii e questioni. Mancando colà una disposizione letterale (che in vero non abbiamo neppur noi), la giurisprudenza si divise. Si citano alcune decisioni che preferirono di calcolare la distanza *dal domicilio eletto, anzichè dal domicilio reale* (Cassazione, 25 pratile, *Journal Av.*, tom. 13, pag. 54; 4 febbr. 1808, e non poche decisioni di Corti reali; ma in senso contrario Cassazione, 4 luglio 1806 e 1° aprile 1807, e qualche Corte reale). Senza cercare troppo avanti nella giurisprudenza moderna di Francia, che non è gran fatto necessario, ricorderò le divisioni degli scrittori, stando per la distanza dal domicilio eletto, in origine MERLIN, indi DALLOZ, BONCENNE; con restrizioni, più o meno gravi FAVARD DE LANGLADE, LEPAGE e PARDESSUS; in contrario il CHAUVEAU, fondato su questo, che il mandatario a ricevere la citazione al domicilio eletto non può avere, od ordinariamente non ha istruzioni a difender la causa; e in ogni caso egli deve comunicare la citazione al luogo di reale abitazione del suo mandante, ove si ritiene avere i documenti della difesa.

Soluzione. Quest'ultimo riflesso potrebbe avere una certa forza rispetto segnatamente allo straniero, che forse è lontanissimo; e data ogni diligenza del suo domiciliatario, tarderà ancora chi sa quanto ad averne notizia. È stato osservato da qualche scrittore, probabilmente non senza ragione, ch'egli va a trovarsi in peggior condizione di quello in cui sarebbe se la citazione gli fosse stata consegnata in persona, quantunque in luogo più vicino al tribunale; chè almeno la notizia l'avrebbe avuta. A parte siffatte riflessioni, che per noi, studiosi di leggi positive, non decidono molto, noi troviamo che quello straniero potrebbe invocare l'art. 150, e sostenere che la elezione del domicilio lo rende bensì soggetto alle leggi dello Stato, senza uopo della sua presenza nel territorio, che un tale domicilio può eziandio determinare la competenza locale, ma non la privazione della sua qualità di straniero e dei vantaggi che deve godere relativamente al *termine* che gli viene assegnato dall'art. 150 e dalla giustizia dello Stato, che non deve prevalersi della forza che possiede per rendere impossibile, o almeno troppo difficile allo straniero la difesa, e dare allo statista una indebita superiorità giuridica. Queste considerazioni sono più calzanti, o almeno più dirette; tuttavia sono senza valore in faccia alla nostra legge e al *principio razionale del termine, posto nei più volte mentovati art.* 147 e 148. Si aggiunge: 1° *che l'art.* 150 *parifica, per gli effetti della notifica della citazione, il domicilio eletto al domicilio reale;* 2° *che lo straniero che ha domicilio eletto nel regno, non è considerato straniero rapporto a quei giudizi nei quali può essere citato a quel domicilio;* 3° che non può lagnarsi di sorpresa nè di deteriorata difesa colui che conosceva in qual luogo e per quali cause poteva ivi esser citato, ed ebbe campo di dare istruzioni o mantenere corrispondenza più regolare coi suoi mandatarii.

d) *L'articolo* 150 *è applicabile all'assente?* Il che vale quanto il domandare se l'art. 150 si applichi solamente ed esclusivamente allo straniero. *Ma quale è assente?* Ecco un'altra domanda che si presenta da sè. Non possiamo preoccupare le osservazioni che faremo agli articoli 793 e seguenti; ci bastano ora alcune avvertenze generali. O l'*assente* può dirsi avere ancora un domicilio nello Stato, fosse pure il suo domicilio d'origine, egli sarà ivi citato colle regole ordinarie; o l'*assente* rinunciò alla cittadinanza patria e si acconciò collo straniero, è straniero; o si sa che l'*assente* abita, per es., a Vienna, e si preferisce di citarlo a Vienna, come si farebbe se veramente si fosse reso straniero, il termine sarà quello dell'art. 150, che, diciamo per occasione, non riguarda propriamente ed esclusivamente lo straniero, non facendo ragione *della qualità civile* o *politica del citato*, ma solo della distanza. O finalmente, va colui pel mondo *senza domicilio conosciuto*, conviene abbandonare l'articolo 150, e ricorrere a tutt'altra legge. Bisogna confessare che il caso non è letteralmente preveduto, come lo fu nell'articolo 141, coi modi e forme della notifica. Premessa la quale confessione, che noi facciamo pel legislatore, e ritenuto che per l'applicazione dell'art. 150 deve aversi la idea del luogo ove deve mandarsi la citazione (che non avviene a domicilio ignorato), quale altra disposizione potremo adattare al caso *fuorchè il* n° 5 *dell'articolo* 118, che è generalissima, e messa là appunto per regolare i casi non espressamente contemplati?

Articolo 151.

Quando nella stessa causa siano più convenuti, si deve assegnare a ciascuno il

termine che gli compete a norma degli articoli precedenti, e non è necessario che il medesimo scada per tutti nello stesso giorno.

Se si tratti di citazione per comparire a udienza fissa, i convenuti devono tutti essere citati per l'udienza medesima, salvo ad essi il termine che loro compete.

Annotazioni.

Se più sono i citandi (e possono esser ben molti), a ciascuno il suo termine, e non importa che le citazioni vengano successivamente apparendo l'una dopo l'altra alla cancelleria: *apparenza successiva*, che sta in relazione col disposto dell'art. 158, pel quale ogni procuratore è in regola quando depone l'atto di citazione coi documenti ecc. in cancelleria *prima della scadenza del termine* (*V.* ANNOTAZIONI all'art. 158). Dalla scadenza del termine della citazione dovrebbe cominciare il processo difensivo (*V.* più sotto le ANNOTAZIONI all'articolo 164); e con questo metodo noi potremo avere una serie di atti o piuttosto di processi che si susseguono secondo le scadenze delle varie citazioni. Tale sistema (che è pur quello del Codice precedente, buono o no, lascio agli altri il giudicarne) bisogna che cessi quando si tratta di processo sommario e di *udienza fissa*. È ciò che si dichiara nel capoverso dell'articolo. Se tutti sono citati ad un giorno, termini diversi non potranno prefiggersi: ma qual senso avranno le ultime parole — *salvo ad essi il termine che loro compete?* Non altro certamente fuorchè questo: niuno può esser defraudato del termine legale che la legge generale descrive ad ognuno in ragione della distanza. Ma niente osta che non possa darglisi un termine più lungo; ed è in relazione col seguente art. 153.

E quando sarà che *si deve comparire a udienza fissa?* In due eventi, che non si hanno a confondere: *Nel puro procedimento sommario, in cui la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa* (art. 155); e nel caso di citazione *autorizzata in via sommaria* (articolo 154).

Articolo 152.

Nella citazione per proclami il tribunale o la corte stabilisce il termine secondo le circostanze.

Annotazioni.

La citazione per proclami *può farsi in qualunque causa, per qualunque procedimento*, e *davanti ogni autorità giudiziaria*, eccettuato il conciliatore (art. 146). L'arbitrio dato al tribunale o alla Corte di assegnar termini *secondo le circostanze*, non potrà certamente essere usato in guisa da offender la legge; ossia quel principio di libertà che nel diritto del termine è rappresentato. Vi dev'essere adunque *convenienza di termini e rispetto della legalità fondamentale*. Senza ciò, la citazione potrebbe annullarsi, malgrado ogni facoltà accordata dall'articolo che deve mettersi in armonia con quella che tornerò a chiamare legalità fondamentale: alla quale può benissimo qualche volta derogarsi per casi eccezionali ed urgenti (art. 154); ma questi sono fuori della contemplazione del presente articolo. Quindi, almeno lo così credo, *non potranno assegnarsi minori termini di quelli che la legge assegna secondo la qualità dei tribunali* (mi servo talvolta di questa parola per indicare *autorità giudiziaria*, ma, se non erro, in modo da non rendere equivoco il mio discorso), non potranno adunque assegnarsi termini minori di quelli che dovrebbero assegnarsi, data la qualità del tribunale, *almeno in rapporto a quel minor termine che verrebbe dato in ragione della minore distanza*. Mi spiego. Secondo l'art. 148, il termine a comparire avanti un tribunale civile o una Corte d'appello non è mai minore di *giorni dieci*. E mai non potrà assegnarsi un termine minore di giorni dieci, malgrado l'arbitrio attribuito dall'articolo; checchessia delle maggiori distanze, e di una tal quale moderazione del termine: e in ciò solo potrà esercitarsi l'arbitrio; *non competendo realmente per questo articolo 152 la facoltà abbreviativa del termine*, che è oggetto speciale dell'art. 154. È molto più probabile, e diremo più giusto, che il magistrato prudente usi la facoltà che in questo specialissimo caso gli è accordata dalla legge, con una certa ampliazione di termini, o si guarderà dal restringerla e dall'angustiarla, in vista appunto del modo singolare ed eccezionale di notificare le citazioni che emana da considerazioni estrinseche, tutto in vantaggio e comodo dell'attore.

Digitized by Google

Articolo 153.

È nulla la citazione nella quale sia stato assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge.

Annotazioni.

Questo articolo si confonde forse col 145, n° 2, o esprime qualcosa di diverso? Il concetto non è identico, ma bisogna conciliare i due articoli. Il primo parla della *incertezza sulla espressione del termine* nell'atto di citazione. Secondo l'articolo 153 la espressione non sarebbe dubbia ed equivoca, ma chiara: il termine *assegnato* sarebbe più breve del termine *legale*. Il termine *espresso* è sempre il termine *assegnato*, e questa è la sola idea comune ai due articoli. La disposizione è stata posta a questo luogo a compiere la teoria del termine, come uno de' suoi pronunciati fondamentali.

Articolo 154.

Nei casi che richiedano pronta spedizione, il conciliatore, o il pretore, il presidente del tribunale o della corte possono abbreviare i termini stabiliti negli articoli 147, 148 e 150; possono altresì autorizzare la citazione in via sommaria, e, nel caso di cui nel numero 1° dell'articolo 147, anche per lo stesso giorno ad ora indicata. I termini stabiliti nei numeri 2, 3, 4 e 5 degli articoli 147, 148, e quelli stabiliti dall'articolo 150, non possono essere abbreviati oltre la metà.

Il conciliatore, il pretore, o il presidente dà la permissione con decreto sull'originale dell'atto o del biglietto di citazione, e stabilisce il termine entro cui la citazione deve notificarsi, e l'udienza in cui le parti devono comparire, se si tratti di citazione in via sommaria. Il decreto è trascritto nella copia dell'atto, o biglietto di citazione.

Annotazioni.

1. Casi che *richiedono pronta spedizione*, quali saranno? Avendo il giudice *un potere discrezionale* (*V.* nota 2), a lui, alla sua prudente saviezza appartiene il decidere; non si può chiedergliene conto.

2. *Ma è proprio sovrana codesta sua facoltà di abbreviare il termine, e non gli può esser fatto contrasto ed opposizione?* La opposizione potrebbe motivarsi dall'averne abusato, supponendo un'urgenza, un bisogno di celerità che proprio non c'era; o perchè fu così avaro del tempo, e così breve respiro accordò, che il convenuto ne provò grave pregiudizio, trovandosi come assalito da una domanda improvvisa.

Noterò in passando che con una legislazione non troppo diversa, in Francia se ne fece, e forse si fa ancora, un disputare infinito sulla qualità e natura di codesta facoltà, per inferirne da alcuni e negare da altri il diritto di fare una opposizione qualunque alle sue risoluzioni. E intanto quelli che propugnano la incensurabilità della ordinanza (Carré, quest. 378; Poncet, *Des jugements*, tit. II, cap. 2; Chauveau), non contenti di mostrare che la legge giudiziaria non porge rimedii, fanno anche un po' di teoria, distinguendo la *jurisdiction contentieuse* e la *jurisdiction gracieuse*, tale volendosi quella nella quale il giudice *prononce sur les demandes d'une partie que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelqu'intérêt à la contredire.*

Veramente non può dirsi questione senza importanza se si consideri che, non in questo caso soltanto, ma in molti altri, simili *provvedimenti* (parola abbastanza significativa e propria) possono emettersi dall'autorità giudiziaria; che se ne fece uno degli ordinamenti generali della procedura nell'articolo 50, ora contrassegnati sotto nome di *decreti*, e se ne veggono esempi agli articoli 111, 130, 146, 178, 185, 186, e via discorrendo. Analizzando le diverse e svariate applicazioni che in molteplici forme si presentano, un commentatore sottile potrebbe anche rilevarne le differenze; noi non possiamo scendere a sì minute indagini. Diremo poche parole per respingere la qualificazione della *jurisdiction gracieuse*, o, che poi ci torna lo stesso, biasimare quella nomenclatura. *Non si può ammettere nei giudici giurisdizione graziosa.* I giudici non fanno grazia mai, fanno sempre giustizia. Esercitano, è vero, talune facoltà determinate dalla legge,

Digitized by Google

senza contraddizione; ma ciò avviene perchè simili facoltà hanno carattere piuttosto *ordinatorio* che *decisivo;* perchè lo scopo della speditezza, della semplicità (che è uno di quelli che deve proporsi la legge giudiziaria) verrebbe meno. Non pertanto i giudici sono esonerati dal dover prestare la più seria attenzione onde non sieno lesi i diritti della parte costretta a tenersi in silenzio e a lasciar fare: la legge si affida nella saggezza del magistrato, e in una parola gli attribuisce un *potere discrezionale.* Questa è la formola. E alla luce di queste formole svaniscono le obbiezioni di principii: poichè essendo il potere discrezionale di sua natura incensurabile, e non potendo essere surrogato da un altro (e ciò diciamo teoricamente e genericamente), non potrebbe concepirsi opposizione o appello.

Del resto essendo già state nel nuovo Codice con particolare accuratezza delineate le norme generali della opposizione e dell'appello (come vedremo nel corso del nostro esame), non possiamo rimanere in dubbio sulla facoltà autonoma del giudice rapporto alla disposizione presente.

3. *Abbreviazione di termini*, e decreto *autorizzante la citazione in via sommaria.* Sono cose diverse. Di fatti si abbreviano i termini, autorizzando ad assegnarne minori di quelli che la legge generale prescrive; si autorizza la citazione in via sommaria, *destinando la udienza a giorno determinato.*

4. L'abbreviazione cade sui *termini* stabiliti dagli articoli 147, 148 e 150; ma vi sono delle limitazioni. *Quelli stabiliti nei numeri* 2, 3, 4 *e* 5 *dell'articolo* 148, *e quelli stabiliti nell'articolo* 150, *non possono essere abbreviati oltre la metà.* Adunque quasi tutti: e quelli di giorni *tre, quindici* o *venticinque*, saranno serbati con un giorno di più, oltre la metà, a favore della parte citata. La ragione si è che nei casi del n° 1 sì dell'articolo 147, che del 148, il citato si trova *nello stesso Comune*, e non c'è distanza. Ognuno già vede che non è punto necessario che la citazione sia personalmente intimata (quando non si possa farlo), e può esserlo con qualunque altro dei modi prefissi dalla legge.

5. Teniamo registro della notevole differenza che la legge indice *fra il n° 1 dell'articolo* 147, *e il n° 1 dell'articolo* 148. In ordine a quello *la citazione può esser ordinata per lo stesso giorno ad ora indicata;* in ordine a questo, no. Ma le cause ivi contemplate sono quelle del *conciliatore* e del *pretore*, quindi di una inferiore quantità e importanza oggettiva; le altre sono portate ai *tribunali civili*, ai *tribunali di commercio* e alle *Corti d'appello.*

6. **Questioni.** — *a) Se la causa è portata avanti il pretore in via d'appello da sentenza del conciliatore, l'articolo sarà ugualmente applicabile?* La legge non distingue.

b) Quando la citazione è autorizzata in via sommaria e a udienza fissa, dovrà tuttavia osservarsi la disposizione per la quale i termini non possono abbreviarsi oltre la metà? Motivo di dubitare è la differenza che esiste fra codesti due ordinamenti; la differenza fra *termine abbreviato* e *citazione in via sommaria.* Sembra che l'ultimo accenni a qualche maggiore urgenza.

Nondimeno la disposizione deve considerarsi generale. È facoltativo abbreviare il termine, e altresì ordinare la citazione in via sommaria a udienza fissa; ma non appare che in questo caso possa eziandio stringersi il termine oltre la regola proposta. È questo, come si vede, un limite della stessa facoltà. *Rispondo negativamente.*

c) *Trattandosi dei casi previsti dal periodo ultimo dell'articolo* 148, *si potrà ulteriormente abbreviare il termine; e sino a qual punto?* Motivo di dubitare si è appunto l'abbreviazione di diritto, specificata in quella legge, onde si chiederà se *due abbreviazioni* siano possibili sullo stesso soggetto.

Si risponde, che non sono due facoltà accordate al giudice: che quella dell'art. 148, periodo ultimo, è semplicemente un diritto della parte quando si trovi in quelle date condizioni. Ciò posto, non è incompatibile che in casi urgentissimi, non approfittando la parte di quel suo diritto, implori dal giudice un'abbreviazione maggiore. *Ma qual è in tale contingenza lo stato del termine, e che potrà fare il giudice?* Egli pure ha dei limiti che non può oltrepassare: lo abbiamo veduto. Se ha la facoltà di abbreviare ulteriormente il termine, già abbreviato dalla legge trattandosi di *lettere di cambio, biglietti all'ordine, equipaggi, vireri, ecc., riparazioni di navi pronte a far vela, ecc.*, tutte cose che possono presentarsi urgentissime, egli prenderà per punto di partenza lo stesso termine abbreviato; secondo il quale si rientra immediatamente nelle disposizioni dell'articolo 147, e più non si tien conto dei più larghi termini stabiliti nell'art. 148. E seguendo le norme nel presente art. 154 determinate, potrà abbreviare quelli fissati nei n^i 2, 3, 4 e 5 dell'art. 147, *ma non oltre la metà;* e nel caso del n° 1 potrà anche ordinare la udienza per lo stesso giorno.

TITOLO IV.

DEL PROCEDIMENTO

OSSERVAZIONI GENERALI

« Il procedimento giudiziario non essendo che il metodo col quale le parti fanno valere le loro ragioni, e promuovono tutte le ricerche che credono utili alla scoperta del vero, segue che il medesimo può o deve assumere forme diverse, tanto per la diversa natura delle questioni, quanto per la diversa costituzione dell'autorità giudiziaria chiamata a deciderle.

« La sicurezza dei litiganti, la semplicità e la celerità nello svolgimento dell'azione giudiziaria sono gli elementi costitutivi di un buon sistema di procedura. Contemperare fra loro cotali elementi, secondo le diverse esigenze dei casi, importa la soluzione di uno dei più difficili problemi legislativi » (*Relazione* PISANELLI).

Premesse queste considerazioni molto generali, l'illustre Ministro esprimeva le sue idee intorno alle due forme consuete dei procedimenti *ordinarii* e *sommarii* colle seguenti parole: « La sicurezza dei litiganti deve pertanto prevalere di regola agli altri due elementi (*semplicità* e *celerità*), e a questa regola s'informa il procedimento ordinario con un misurato svolgimento di tutta la procedura; l'istruzione scritta della causa vi trova un'applicazione piena, lasciandosi alla procedura orale la discussione dei mezzi che le parti hanno fatto valere nella istruzione ».

« Ma dopo la regola vengono le eccezioni. Vi sono delle cause che per la loro semplicità possono essere facilmente definite; la procedura ordinaria sarebbe quasi superflua e nocevole per le spese che porta ad amendue le parti. Ve ne sono altre che per ragione della urgenza richiedono una pronta spedizione; sottoponendo le medesime alla naturale lentezza della procedura ordinaria, si arrecherebbe un danno difficilmente riparabile. Vuolsi per tali cause derogare alle forme normali, ordinando procedimenti speciali che il *progetto* chiama *sommarii*. »

« L'essenza di questi procedimenti consiste talvolta nell'abbreviare i termini stabiliti per la istruzione scritta, e talvolta a togliere siffatta istruzione preliminare, commettendone l'ufficio alla procedura orale. Quindi la distinzione di tali procedimenti in *sommarii semplici* e *sommarii a udienza fissa*. L'identità del genere non esclude però la varietà della specie: esse assumono forme diverse, secondo la diversa composizione dell'autorità che deve pronunciare sulla controversia. »

Osservato che il procedimento *a udienza fissa* è connaturale al giudice singolare, quale il conciliatore e il pretore, prosegue: « Quanto alle cause di competenza delle altre autorità giudiziarie, il progetto adotta una distinzione. Stabilisce il procedimento sommario nelle cause che per l'indole loro presentano evidenti, in tesi generale, i caratteri della urgenza e della semplicità, e lo ammette anche per le altre controversie in casi speciali, lasciando al prudente criterio del magistrato di autorizzarle, tenuto conto delle circostanze.

« Quindi, per ragione della urgenza che si verifica sempre nelle materie commerciali, ha prescritto che davanti i tribunali di commercio debba osservarsi il *procedimento sommario semplice;* tenendo ancora conto di una maggiore urgenza e di una presunta semplicità che viene generalmente dimostrata dalla esperienza, prescrive il *procedimento sommario a udienza fissa* nelle cause relative a lettere di cambio, biglietti all'ordine, e nelle cause marittime... »

« Ma nelle altre cause civili è difficile rinvenire *a priori* un criterio certo per determinare

l'urgenza o la semplicità della causa al fine di sottrarla alle regole del procedimento ordinario. Si riscontrano gravi difficoltà nel classificare in modo esatto e compiuto le cause ordinarie e sommarie. O queste ultime si vogliono precisare con indicazione tassativa in casi affatto speciali, e sarà impossibile di comprendere tutti i casi nei quali può esservi identità di ragione per ammettere il procedimento sommario; o si vogliono far categorie di casi talmente generici da soddisfare a tutte le possibili emergenze, e si corre il pericolo di comprendervi cause di natura diversa, onde la eccezione stessa diverrebbe regola. »

Non sarà stato inutile vedere così delineate a grandi tratti le idee direttive del progetto. In effetto il metodo processuale s'informa a due criterii diversi che segnano insieme il limite loro: il bisogno di maturar bene le cose, il bisogno di spedir presto gli affari: è questione di tempo, è questione di rito più o meno grave e solenne: da ogni lato vi è uno scoglio, quello di far presto e male, quello di far bene, se vuolsi, ma con troppo dispendio di tempo. La cosa dev'essere proprio difficile, poichè l'imbarazzo del legislatore non sarebbe ancora finito dopo tanti Codici di procedura che si sono scritti. Del resto il progetto ha subito in definitiva delle modificazioni che si possono anche qualificare importanti. Chi voglia rileggere la Relazione del ministro VACCA, ove si discorre del procedimento, potrà persuadersene; ma più ancora, e meglio, seguitando ad esaminare con noi il sistema del Codice.

Articolo 155.

Il procedimento è formale o sommario.

Il procedimento formale si osserva davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio, e le corti di appello.

Il procedimento sommario si osserva davanti i conciliatori e i pretori.

Il procedimento sommario si osserva altresì davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio, e le corti di appello, nei casi stabiliti dalla legge.

Nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa.

Il procedimento davanti la corte di cassazione è regolato con norme speciali.

Annotazioni.

1. *Formale* appelliamo il procedimento che si svolge con un certo rito misurato e solenne, e più larghi sviluppi permette ai mezzi di attacco e di difesa; *sommario* accenna a compendio, a forma, si direbbe, abbreviativa, o più semplice. E intanto « il procedimento formale è la *regola*, il procedimento sommario è la *eccezione*; onde, pur mancando disposizione espressa, *converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme dell'ordinario, non viceversa* ». Notevole avvertenza della Relazione VACCA, che io amo ripetere.

2. Ma questo è un soggetto da cui si raccoglie ben poco, generalizzando. Vediamo adunque il sistema del Codice. Si è fatto un lodevolissimo sforzo per rinnovare questa parte così grave, così influente del rito giudiziario; e già abbiam visto nelle due relazioni la cura che se n'ebbe, poichè se ne sentiva fortemente il bisogno. Si è cominciato dal semplificare. Partendo, come soglio, dalla legislazione del 1859 (*), veggo che le due forme di procedimento sommario si ridussero ad una. È abolita la nomenclatura e anche la sostanza del *pro-*

(*) Mi giova ricordare anche una volta ciò che avvisai nella prefazione. Per le immediate comparazioni legislative, io parto sempre dall'ultima legislazione giudiziaria, che, nata e pubblicata in Piemonte, fu estesa a gran parte d'Italia, ed ora è cessata. Prima e sopra di ogni altra, che piuttosto tollerata che sancita, si era lasciata vivere o in questa o in quella provincia, essa forniva al legislatore la materia di confronto e l'oggetto della riforma. Trascorrere sugli altri Codici più o meno lontani da questo tipo, d'indole e carattere disformi, per venire tracciando dei confronti a semplice mostra di erudizione, non è nel mio metodo; io concentro le riflessioni come le memorie, e le dirigo ad uno scopo.

cedimento sommario semplice e del *procedimento sommario a udienza fissa* (tit. XXI, cap. 1 e 2, libro IV del Codice di procedura civile, 20 novembre 1859). Il carattere del procedimento sommario è la *udienza fissa*. Il procedimento formale è l'indeterminato: è lo svolgimento dei mezzi giudiziarii senza termine prefinito. La difficoltà è nel realizzare questi metodi.

3. *Sistema del Codice.* — *a*) Tre sono i criterii per l'adozione del procedimento sommario: 1° *La qualità della magistratura giudicante* (questo criterio ha due basi: la semplicità e il bisogno di speditezza, che caratterizza le cause di minore entità; e l'indole del processo che si tratta avanti un giudice singolare); 2° *La speciale qualità della causa* o *domanda*, non più dedotta dalla limitata natura della giurisdizione, ma dal suo proprio carattere, dalla sua indole speditiva, in quanto la legge l'ha riconosciuta per tale (n° 1 e 2 dell'articolo 389). E ancora questo criterio si suddivide *in tema principale* e *in tema subalterno*, che esattamente dicesi *incidente*. 3° *La particolare circostanza della causa;* a questo intende il n° 3 dell'art. 389: onde la distinzione che io concepisco fra *speciale qualità della domanda e circostanze particolari di una data causa*. Poichè, *in regola generale*, avanti i tribunali civili e le Corti d'appello, si comprendono domande meritevoli di larga e copiosa discussione, ne conseguita che *speciali* dovranno chiamarsi quelle che vi stanno come eccezione; ma tuttavia la trattazione rispettiva, vuoi col metodo formale, vuoi col sommario, è preordinata dalla legge (ordinata, intendo, *a priori*), ma non così in ordine al *terzo criterio*. Le *particolarità di un fatto*, i caratteri più o meno urgenti di una domanda, desunti appunto *da circostanze* che non sono che di mera eventualità e contingenza, non possono essere dominate dalla legge *a priori*, e d'uopo è rimettersi volta per volta, caso per caso, alla coscienza e rettitudine del magistrato.

Vedremo, a suo luogo, che anche avanti i *tribunali di commercio* esiste un procedimento formale e un procedimento sommario. Non credo che in veruno dei passati Codici di procedura si concepisse, fuorchè *sommario*, il procedimento avanti i tribunali di commercio.

b) Questa veduta nuova è più perspicua, più analitica, più giusta. Per essa si tien conto e *della varietà delle materie* che nell'ampiezza degli attuali commerci vi si discutono; e si tien conto altresì *della distribuzione di esse* lungo la scala dei giudici inferiori. Attribuire lo stesso metodo di trattazione, o lungo o breve, alle cause che si portano al tribunali di commercio, quasichè fossero tutte ugualmente gravi, e urgenti del pari, era un errore, e fu riparato. Le piccole cause commerciali, le più pressanti, le più moleste a chi le fa e a chi le subisce, vanno già al conciliatore e al pretore.

c) Un altro principio del metodo è questo, che *procedimento formale non significa sempre la stessa cosa*, cioè lo stesso corso di atti, lo stesso giro di termini, ecc. Il procedimento formale che si tiene avanti i tribunali di commercio (art. 393 e seg.) è diverso da quello che si osserva presso i tribunali civili: meno pesante, meno irto di formalità. In conseguenza, procedimento formale e procedimento sommario sono *idee di relazione:* e, più che assoluto, hanno un valore comparativo.

d) Se si domandasse quali sono le categorie degli affari che si trattano col procedimento sommario, non potrebbe additarsi veruna regola che sistematicamente li comprenda, come nel Codice di procedura francese, e nell'ultimo nostro all'art. 472. Io intendo e apprezzo tutta la importanza di questo cangiamento. Si corre pericolo di dir troppo, di dir poco, o nulla. In questo timore l'art. 472 della procedura civile del 1859 finiva con un richiamo generale alle leggi eccezionali sparse pel Codice, quasi riconoscendo la propria inutilità.

e) Un'ultima avvertenza, e si avrà, io credo, una sufficiente nozione del sistema. Applicare il metodo alle contingenze dei casi, e prescindere dallo spirito di sistema, sembra più che mai la cura del legislatore. Quindi in ogni parte del Codice le forme dei giudizi si veggono pressochè tassative alla specifica qualità loro; di fatti la ragione intrinseca del procedimento, lo abbiamo detto ancora, è la difesa; fare che il tempo e il rito vi basti; far che non ecceda troppo per non aggravare colla lunghezza e con inutili dispendii la condizione naturalmente infelice dei litiganti, ma tuttociò senza soverchie pretensioni di rigorismo. Un giudizio che fu rettamente cominciato col procedimento sommario, può mutarsi, via facendo, nell'ordinario: se l'affare si è complicato, se la discussione vuol essere in un campo più capace, tale è il disposto dell'art. 391.

Articolo 156.

Davanti i tribunali civili e le corti di appello non si può stare in giudizio se

Digitized by Google

non col ministero di procuratore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Davanti i tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente, o per mezzo di procuratore legalmente esercente presso il tribunale civile, o la corte d'appello, munito di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

Davanti i pretori e i conciliatori le parti possono comparire personalmente o per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

Annotazioni.

Quanto alle *eccezioni* possono vedersi gli articoli 800, 807.

Ministero dei procuratori. — **Precedenti storici.** — Presso i Romani, il procuratore alle liti ebbe carattere privato (Tit. de procurat. Dig.). Oggidì il procuratore *ad lites* è un ufficiale pubblico preposto a procedere in giudizio a nome di coloro che piatiscono avanti quella giurisdizione contenziosa, ove il loro ministero è necessario o permesso (MERLIN). In Francia l'organizzazione del ministero dei procuratori, formante un proprio istituto sotto nome di *Chatelet*, risale al secolo XIII. In Italia è pure assai antico l'ufficio dei procuratori. Per la natura delle cose il patrocinio si divise; e gli avvocati si distinsero dai procuratori. La storia del fôro francese rammenta l'epoca di Filippo VI, che ne proibì il cumulativo esercizio. Una delle Curie più celebri d'Italia è certamente la romana, come il suo più celebre tribunale sino ai nostri giorni fu la Rota. La distinzione fra procuratori e avvocati vi fu sempre mantenuta, e credo anche nei tempi felici della sua giurisprudenza più specie di procuratori vi si annoverassero. Fra questi erano i così detti *causarum patroni;* dotti e versati in ogni materia del diritto, che al dire del DELUCA, il che io non ammetto, valevano gli avvocati degli altri paesi. Gli avvocati, propriamente tali, costituiti in una dignità e in uno splendore di cui non si ha più esempio, trattavano le cause più famose; lasciate ai procuratori le controversie d'ordine, non si occupavano che del diritto: *Advocati dicuntur qui clientum causis agendis vel tuendis legibus ac juribus assistunt* (*Conciol. ad Statut. Eugub.*, lib. II, rub. 26). È noto che l'istituto dei procuratori, come corpo ufficiale, fu soppresso in Francia, benchè il ministero dei singoli fosse conservato colla Legge 20 marzo 1791; l'abolizione totale venne dalla Legge 3 brumaio, anno II: i procuratori tornarono alla condizione antica di semplici mandatarii. Il loro ministero ricostituito, riorganizzato, fu rimesso in onore colla Legge del 27 ventoso, anno VIII: erano nominati dal primo console; il loro numero determinato presso ciascun tribunale (articoli 94, 95 di quella Legge). L'ordine degli avvocati, difeso da una splendida tradizione, quantunque per la Legge 2 settembre 1790 si considerasse non più costituente un collegio o corporazione (che forse non era senza carattere politico), rimase in seggio almeno, per quanto riguarda le consultazioni e le maggiori cause, mantenne il suo albo e il suo esercizio (Legge del 22 ventoso, anno XII); ma la loro ricomposizione è dovuta al decreto imperiale 14 dicembre 1810. (Ho tolto queste brevi notizie da ciò che io stesso scriveva nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, pag. 270, Torino, 1861, Unione Tipografico-Editrice.)

Articolo 157.

Le norme di procedimento stabilite per i tribunali di commercio devono osservarsi davanti i tribunali civili quando questi ne fanno le veci. In questo caso il ministero pubblico non può essere sentito.

I tribunali civili quando pronunziano come tribunali di commercio, devono farne menzione nella intitolazione delle sentenze.

Il difetto però di questa menzione, come pure la circostanza che siasi sentito il ministero pubblico, non annulla la sentenza, salvo nel primo caso le pene disciplinali contro il cancelliere che l'abbia firmata.

CAPO I.

DEL PROCEDIMENTO FORMALE DAVANTI I TRIBUNALI CIVILI E LE CORTI D'APPELLO

SEZIONE I.

Disposizioni generali sull'istruzione della causa.

§ I.

Della costituzione dei procuratori e dei suoi effetti.

Articolo 158.

Il procuratore dell'attore, prima della scadenza del termine della citazione, deve depositare nella cancelleria

1° Il mandato per originale o per copia;

2° L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte, se siasi omessa nell'atto di citazione;

3° I documenti originali di cui offrì comunicazione.

Annotazioni.

1. La forma del mandato è specificata nell'articolo 48. La *copia*, se piace piuttosto esibire la copia, dev'essere spedita colle norme dell'articolo 1333 del Codice civile.

2. Col n° 2 dell'articolo si dimostra che non è essenziale dichiarare nell'atto di citazione la elezione del domicilio, posto anche che la elezione *sia necessaria*, giusta la prima parte del n° 5 dell'articolo 134; vi è però questa differenza che quando la *dichiarazione* è fatta nella citazione, essa fa parte della citazione medesima, e non occorre altro atto, purchè vi siano espressi i requisiti voluti sì dallo stesso articolo, che dall'articolo 140. Risulta poi da codeste leggi insieme combinate, che l'atto di elezione di domicilio può essersi fatto *prima della citazione*, secondo l'articolo 140; e allora può ivi ripetersi o confermarsi l'atto già eseguito; o può farsi, come or ora si diceva, *nella stessa citazione*, nell'atto fondamentale della lite che costituisce per l'attore il quasi contratto giudiziale; o finalmente può farsi *dopo la citazione*, purchè l'*atto di dichiarazione* sia prodotto o *in originale* o *in copia* prima della scadenza della citazione. Nei termini rigorosi del n° 2 di questo articolo *l'atto di elezione di domicilio non si fa in cancelleria*, ma ivi *si deposita*, il che suppone che sia stato fatto separatamente, con atto autentico avanti notaio, oppure avanti il cancelliere che ne rilasciò copia autentica.

3. Coll'assoluta necessità di produrre il mandato, senzachè o la istanza potrebbe immediatamente respingersi, o il giudizio sarebbe nullo, da lungo tempo si resero impossibili presso noi le questioni che suonano ancora nel fòro francese sulla modalità o sulle qualità del mandato, che non può mai essere *presunto*.

4. Le facoltà del mandato *ad lites* non sono che le facoltà *ordinarie*, che riguardano cioè le operazioni della causa in quanto, per la gravezza, risponsabilità e natura loro, non richiedono *una determinata applicazione della volontà della parte* (attrice o convenuta), *e la espressione specifica di essa*, e un mandato nuovo e singolare ad ognuno di codesti atti. Così il mandato *ad lites* non racchiude e non può racchiudere, che le facoltà ordinarie, come io diceva, o comuni nel giro del giudizio proposto. Il mandato della lite è circoscritto dalle speciali limitazioni che la legge viene accuratamente tracciando di caso in caso, onde non è d'uopo al mandante veruna specifica-

zione: è la legge stessa che se ne incarica. I casi di limitazione sono in gran numero (*V.* articoli 5, 24, 123, 221, 344 ed altri). Ogni previdenza di questi casi, ogni precoce trasmissione di poteri al procuratore, ad esempio per una ricusazione di giudici, per la delazione di un giuramento, ecc., sarebbe affatto inutile. La legge saggia pretende che la parte si determini di volta in volta, e secondo le necessità della causa; non ad un tratto, non in globo, non anticipando i poteri. Essa chiama insieme la parte litigante a riflettere sopra i suoi passi; l'obbliga ad assistere a certi atti più gravi e pericolosi; vuole che si decida in faccia, per così dire, all'evento e colla cognizione di tutte le circostanze che l'accompagnano.

5. Il mandato può essere *ad litem* o *ad lites:* quest'ultimo sarebbe il mandato generale, quello il mandato speciale. Non parmi trovare nella nostra legge cosa in contrario; in pratica si ammette; l'articolo 1740 del Codice civile appoggia questa massima; e nel diritto comune, testimonio la Rota, abbiamo continui esempi. Mandato generale *ad lites*, munito delle clausole opportune, inchiude facoltà di appellare, facoltà di ricorrere in cassazione, facoltà insomma di proseguire la stessa lite negli stadii superiori, che altrimenti non si avrebbe.

Dico *che altrimenti non si avrebbe.* Ciò è nella natura del mandato *ad litem:* in appello, in cassazione esperimento nuovo, non necessario per essere compreso nel primo mandato; troppo importante, perchè la parte non abbia a seriamente riflettere prima di affrontarlo; troppo difficile talvolta, perchè il procuratore di prima istanza abbia a riputarsi ugualmente abile per nuovi cimenti, ove per lo più scendono in lizza le illustrazioni del fòro. Credo però che si possa attribuire al procuratore le opportune facoltà per continuare la lite e rappresentare la parte nelle sue successive evoluzioni.

In Francia si disputa, e li lasceremo disputare. MERLIN credeva nella facoltà di appellare col semplice mandato di lite (*Répert.*, v° *Appel*, quest. *du droit*). PONCET invece la nega (*Des jugements*, tit. II, cap. 4), e professa un'opinione diversa. Sta pel primo un testo espresso del diritto romano: « Si procurator qui judicio « interfuit victus sit; an ipse quoque per pro- « curatorem appellare possit, videamus, quia « constat procuratorem alium procuratorem « facere non posse. Sed meminisse oportet, « quod *procurator lite contestata dominus litis* « *efficitur; et ideo et per procuratorem appel-* « *lare potest* » (Leg. 4 Dig. de appellat. in fin.). Ma questo testo contiene per ragione degli opposti il seme della nostra teoria. Le idee moderne sono diverse: il nostro istituto procuratorio non ha verun rapporto con quello. Il procuratore, privato mandatario e quasi incarnazione del suo mandante, litigava nel suo nome personale e in tale soffriva condanna, e perciò poteva appellare (Leg. 1 Cod. de sentent. et interlocut.). Si è visto che poteva costituire *in oppello altro procuratore*, appunto nella sua qualità di *dominus litis;* facoltà che, se non è espressamente concessa, niuno certamente crede compresa nel primo mandato.

6. Il procuratore nominato e costituito nella causa d'appello *continua le sue funzioni in ordine agli atti esecutivi*, che non sono che lo sviluppo del medesimo giudizio. Penso ugualmente rispetto alla causa di revocazione quando sia proposta nei 180 giorni (articolo 502): opinione che io espressi ancora nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 2, n° 425. Il giudizio è fatto avanti lo stesso tribunale; se *giuridicamente* parlando è un giudizio nuovissimo anzi straordinario, *logicamente* non lo è: ma piuttosto una fase del giudizio, un richiamo dei giudici a migliore sentenza.

7. **Questioni.** — *a) Sulla facoltà di surrogare un altro procuratore.* Il procuratore *ad litem* non può di sua facoltà sostituire altro procuratore: *hoc explorati juris est.* Ma non potrebbe il mandato contenere facoltà di sostituire altro procuratore? Ciò pure nella giurisprudenza è ovvio e comune (GAIL., *Pratic. observat.*, lib. 1, obs. 74, n° 11; CENCIUS, *De procurator.*, cap. XXXVIII; RIDOLPHIN, *Prax.*, p. 1, c. 3; MARCABRUN, cons. 90; VANTIUS, *De nullitate, etc.*). Nelle nostre leggi non trovo ostacolo, ed è nella naturale libertà di ogni proprietario della lite. Si può trarre argomento dall'art. 1748, n° 1 del Codice civile.

b) Della costituzione di più procuratori in solido. Rispetto al diritto comune, nessun dubbio (Leg. 4 qui duos Dig. de procurat.; Leg. 32 pluribus Dig. eod.). Ma in pratica, e precisamente in tema di giudizi, si erano introdotte delle limitazioni. Si diceva che il convenuto per diverse azioni, *cum illæ non oriantur ex eadem fonte*, poteva più procuratori nominare, *secus autem si una tantum actione conveniatur* (Glossa in Leg. jam tamen § ita Dig. judic. solvi; BARTOLO, ivi, n° 2). Si permettevano più procuratori agli attori, perchè più d'uno (PAUL DE CASTRO, in Leg. quod si nolit § plures Dig. de edil. edict.). La nostra legge giudiziaria è muta intorno a ciò: se non che l'articolo 1749 del Codice civile parla espressamente *di più mandatarii o procuratori costituiti nello stesso*

atto, aggiungendo che la obbligazione loro non è solidale *se non è stata pattuita*. Evidentemente la legge parla di mandato *ad negotia*, e non può dissimularsi la grave differenza che passa fra quello e il caso nostro. Più procuratori nominati senza necessità in una causa (ora non parlo del ministero degli avvocati), sarebbe un dispendio incongruo al soccombente che dovesse rifonder le spese, e per l'attitazione un imbarazzo. Io dunque non credo che si possa fare, eccettochè i procuratori non fossero costituiti *in solido*, perchè in sostanza non ce ne sarebbe che uno, al quale si potrebbero, come all'altro, notificare gli atti. Non saprei perchè avesse a proibirsi tal facoltà; e con questo avviso io pure trattai la presente questione nel citato *Commentario* (vol. 2, p. 302, 303).

Articolo 159.

Il procuratore del convenuto, prima della scadenza del detto termine, deve depositare nella cancelleria

1° Il mandato per originale o per copia;

2° L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte nel modo prescritto per l'attore nel n° 5 dell'articolo 134; e deve notificare al procuratore dell'attore la propria costituzione, e il domicilio eletto dalla parte.

Annotazioni.

L'obbligo della *dichiarazione di residenza* o *domicilio* (n° 2) s'intende qualora *il convenuto non abbia residenza o domicilio nello Stato*, in relazione a ciò che è ingiunto nel n° 5 dell'articolo 134. Non vi è difficoltà sul potere eziandio il convenuto eleggere spontaneo il domicilio per quella lite, secondo lo stesso articolo 134.

Articolo 160.

La dichiarazione di residenza, o la elezione o dichiarazione di domicilio conserva il suo effetto finchè non sia mutata per atto notificato all'altra parte.

La elezione o dichiarazione tardiva produce effetto soltanto dal giorno in cui sia notificata all'altra parte.

Annotazioni.

Adunque il domicilio è revocabile. *Assolutamente*, o *relativamente* soltanto? Vale dire, si può revocare il domicilio eletto senz'altro; ovvero surrogandovi un diverso luogo? Rispondiamo subito che il cangiamento di luogo è nel pieno diritto delle parti, in qualunque caso. Ciò emerge chiaramente dall'articolo. Ma premesso che l'elezione del domicilio sia *necessaria* perchè in uno di quei casi in cui la legge la impone, è chiaro che non potrà mutarsi che dentro la periferia fissata dalla legge. Così, *se il domicilio deve eleggersi nel Comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria, daranti la quale si deve comparire* (art. 134, n° 5), non potrà variarsi che in quel limite. Sull'altra parte del quesito, se il domicilio eletto possa anche revocarsi assolutamente, cioè rientrando nel domicilio naturale, e come se la elezione non fosse stata fatta, mi piace riportare la teoria del Bacquet (*Traité des droits de justice*, cap. VIII, n° 16): « Il faut distinguer: si le domicile « a été élu par les parties, condition essen« tielle de leur convention, aucunes d'elles n'a « le droit de s'en désister contre le gré de « l'autre: cette condition est la loi à laquelle « l'une et l'autre partie se sont soumises. Si « au contraire un seul des contractants a « fait élection de domicile pour son propre « avantage, il est libre de la révoquer; mais « il doit faire cette révocation avant les pour« suites judiciaires, car il seralt non recevable « à demander ensuite son déclinatoire dès que « le juge a été légalement saisi ». Questa dottrina porge alcuni principii applicabili. L'articolo 134, n° 5, contiene una *necessità* e una *facoltà*. Chi ha una residenza e un domicilio reale (sia attore o convenuto) e nondimeno gli giova di eleggerne uno alla lite, dee ritenersi farlo *in proprio vantaggio*, movente giuridicamente supposto in tutte le azioni spontanee. *Et locus est pœnitentiæ*, malgrado sia sino ad un certo punto divenuto comune colla partecipazione che se ne fece all'altra parte. Ciò che importa si è che non avvengano inconvenienti

da una elezione *tardiva* (cioè fatta in corso di giudizio, dopo trascorsi i primi termini); e che gli atti già inviati al domicilio eletto sino alla sua revoca e regolare notificazione, s'intendano sempre validi.

Non isfuggirà un'avvertenza ben facile a chiunque: tuttavia si noti. La elezione del domicilio, di cui parla l'articolo 160, *è posteriore alla introduzione del giudizio.* Essa dunque non influì sulla determinazione della competenza. Ben altro sarebbe se si trattasse di *una elezione anteriormente fatta*, nel qual caso la revoca (posto che fosse permessa), non potrebbe alterare i rapporti di competenza che in virtù di quel fatto si fossero formati.

Articolo 161.

Le parti non possono rivocare il loro procuratore senza costituirne un altro.

La rivocazione del procuratore non produce effetto, sinchè non sia notificata la costituzione del nuovo procuratore.

La costituzione del procuratore produce elezione di domicilio presso il medesimo per quanto riguarda l'istruzione della causa.

Annotazioni.

Due parti distinte contiene questo articolo. La prima concerne il diritto di revoca del procuratore. L'altra stabilisce una nuova relazione domiciliare dedotta dall'ufficio stesso di procuratore. Perchè si riunirono nello stesso articolo?

1. *Diritto di revoca.* La libertà è combinata coll'ordine dei giudizi e coi diritti quesiti al litigante contrario *nella facoltà di revocare il procuratore costituito e nel precetto di surrogarne un altro.* Questa disposizione è di tutte, io credo, le moderne procedure (RR. Costituzioni piemontesi, lib. III; tit. 4, § 21; art. 194 del fu Codice parmense; art. 147 del Codice civile sardo del 1859; art. 75 del Codice di procedura civile francese; § 547 del Regolamento dello Stato romano, ecc.). La frase *la rivocazione non produce effetto*, è una frase felice che spiega la differenza dei rapporti fra i contendenti e quelli fra mandante e mandatario, circa i quali il diritto si modifica in un modo tutto particolare (*V.* più sotto). Ma rispetto ai litiganti non produce effetto, è come non fosse; gli atti continueranno a farsi e regolarmente si faranno alla sua persona di procuratore e al suo domicilio, sino al momento in cui la surrogazione di altro procuratore sarà fatta e notificata. Il legislatore trovò di aver così bene espresso il suo concetto, che tagliò via le parole che si leggevano nell'indicato art. 147, redazione comune ad altri Codici: *gli atti fatti e le sentenze ottenute in concorso dei procuratori rivocati e non surrogati sono validi:* era un pleonasmo. Tutto ciò è la conseguenza dell'inadempimento della condizione colla quale può esercitarsi il diritto di revoca.

Ma in qual modo dovrà intendersi la risponsabilità che il procuratore revocato e non surrogato incontra verso il già suo cliente? Sarà vero ciò che in questo proposito dice il Boitard? « L'avoué révoqué, mais non remplacé par lui, reste, en un certain sens, le « représentant légal du client qui l'a révoqué. « Je dis en un certain sens, car ce représentant ou mandataire n'est plus qu'*un « représentant passif*, forcément condamné à « la plus entière inaction ». E seguita chiarendo il suo concetto: il *procuratore dell'attore* è passivo, ma pure rappresentante perchè riceve gli atti che gli vengono intimati: il *procuratore del convenuto* poi non ha più qualità di sorta, quanto dire non ha più alcuna rappresentanza, *nemmeno passiva* (*Leçons de proc. civ.*, t. I, n° 195).

Queste idee non sono esatte. Credo sia necessario precisare un po' meglio la situazione.

La revoca del mandato senza surrogazione è una revoca imperfetta. Ciò non è ignoto al procuratore revocato; egli sa bene la condizione che gli è fatta dalla legge. Egli rimane ancora sul campo, di fronte all'avversario: *che dovrà fare, e cosa non potrà egli fare?* Dovrà provvedere agli atti urgenti, irreparabili, prodotti dalla reazione contraria; non potrà farne alcuno procedente dalla sua propria attività; non potrà, per es., provocare l'esame testimoniale, ma se la parte contraria notifica i suoi testimonii secondo le norme dell'articolo 234, non potrà lasciar trascorrere i cinque giorni senza notificare i proprii, per non incorrere nella decadenza. Se l'esempio non è bene scelto, dirò in generale ch'egli *è tenuto agli atti conservatorii e necessarii.* E ciò perchè dipende da lui accettare la revoca e rinunciare formalmente al mandato (*V.* appresso). Tanto è vero che per gli *atti conser-*

vatorii e *necessarii* il mandato si reputa esistente, che dovrà rimettere al cliente le carte che gli verranno intimate, e informarlo dello stato della causa; nè potrà bruscamente interrompere la corrispondenza, come totalmente alienato dal giudizio. Per contro egli diventa creditore di spese ed onorarii per gli atti fatti nella suddetta qualità, non per quelli che intraprendesse di suo moto a continuare la lite. Rimane nella condizione di un *negotiorum gestor*, forzato, che potrebbe affrettare la soluzione di questo incerto stato di cose accettando la revoca e rinunziando; notificando tutto ciò al revocante, e costringendolo a costituire un altro procuratore.

Ecco adunque come le idee del BOITARD non sono esatte. Il procuratore dell'attore, revocato e non surrogato, non è totalmente quel rappresentante passivo di cui egli ragiona. Non vi è poi differenza fra la situazione del procuratore dell'attore e quella del procuratore del convenuto, perchè amendue possono fare e notificar atti e riceverne.

Del diritto del procuratore di rinunziare al mandato. Il mandato *ad litem* rispetto al mandante è costituito *in ejus gratiam*; rispetto al procuratore, *in gratiam utriusque*. Contuttociò la teoria che ne risulta non può trasportarsi dal campo dei negozii a quello della lite. La natura dell'oggetto che qui si tratta, esige la più completa libertà: il cliente e il procuratore non s'impegnano se non permanendo entrambi *in eadem voluntate*. Il patrocinio è naturalmente libero, spontaneo, accordato dalla fiducia, mantenuto dalla persuasione: resta solo che il procuratore rinunziante osservi quella legge che è imposta in simil caso ad ogni altro mandatario. « Il mandatario può rinunziare al mandato notificando al mandante la sua rinunzia. Tuttavia il mandante, *se tale rinunzia lo pregiudica*, *dee esser tenuto indenne dal mandatario*, salvochè questi non possa continuare nell'esercizio del mandato senza notabile suo danno » (articolo 1761 del Codice civile).

Il Codice non parla della *rinuncia* del procuratore al mandato. Nella sezione VII, capo 1, titolo 4, e precisamente nell'articolo 334, si fa ragione *della morte*, *della cessazione dall'esercizio*, *della sospensione* o *interdizione di uno dei procuratori*; si determina quale e quando possa aver influenza nel corso del processo. Se ne deduce con tutto fondamento che la rinuncia spontanea del procuratore, per qualsivoglia causa, non lo interrompe; non impone sosta alla contraria parte; egli è ritenuto procuratore sino alla surrogazione, perchè è principio *che il procuratore, una volta costituito, continua sempre, rimpetto alla parte contraria, nel patrocinio sino alla surrogazione, eccettuati i casi di necessità specificati dalla legge.* Ma come si concilia tutto questo colla facoltà di rinunciare al patrocinio? Qui dobbiamo avvertire che, quantunque la facoltà in genere esista, essa però non può esercitarsi in ogni stadio o momento della procedura. *Quando la causa è in istato di esser giudicata* (vedremo poi quando sia), e generalmente quando il mandante non può più costituire altro procuratore, o perchè impedito dallo stato medesimo della causa, o dal tempo, per es. al momento o poco innanzi dell'udienza, il procuratore non può rinunziare senza rendersi risponsabile dei danni che la sua intempestiva rinunzia sarà per produrre. Ma questa, secondo l'articolo 1761, è la obbligazione di ogni mandatario, senza che ciò leda il principio della rinunziabilità.

Precedenti storici. — Nelle pratiche comuni il principio della revocabilità era fondato in questo criterio: *quia mandatum ad litem exigit summam confidentiam; ideoque non est dandum in eo de quo collitigans amplius non confidat* (DELUCA, *De tutor.*, disc. XX, n° 11). Nè la parte soltanto, ma lo stesso ufficio del giudice poteva revocare, ossia destituire dal patrocinio quel procuratore che troppo male adempisse il debito suo (Leg. cum qui res Cod. de procurat.; ROMAN., Cons. 28 in 2° dubio). I meno rigoristi sostenevano dover concorrere la prova del dolo. Questo poteva farsi dal giudice *nemine petente*; ma la parte doveva interporne l'ufficio ove si trattasse di mandato *irrevocabile*, che nonostante, demeritata la fiducia, poteva revocarsi (DELUCA, *De feud.*, disc. CXX, n° 12). Ma la revoca non aveva effetto se non mandata a notizia dell'altra parte con espressa intimazione (Leg. si mandatum Dig. mandati), nè bastava la scienza della revoca altronde acquisita (BARTOLO, in Leg. denunciasse § quid Dig. ad Leg. Jul. de adulter.). Quanto specialmente riguarda il mandato *ad litem*, vi erano regole proprie, conformate alle nozioni della romana giurisprudenza. Prima della contestazione, e *re integra*, come dicevasi, veruna difficoltà. Dopo la contestazione *res non erat adhuc integra*, il procuratore divenuto *dominus litis* non era più revocabile a volontà, ma dovea provarsi un legittimo motivo. Molto meno poi potevasi revocare *post conclusum in causa* (Leg. ante litem; Leg. post litem Dig. de procurat. cap. 2 eod. lib. VI; RIDOLPHIN, *Prac.*; CENCIUS, *De procurat.*). Ma concorrendo eziandio un giusto

motivo, il procuratore era così radicato, useremo questa frase, nella sua posizione, che era d'uopo o il consenso di lui, o doveva farglisi una lite (GAIL, obs. 46), pendente la quale, ove cadeva il decidere sulla giustizia della revoca, l'ufficio del procuratore, *tamquam suspectus*, era sospeso (Gloss. in Leg. quæ omnia V. suspectus Dig. de procur.). E ciò che poteva sembrare più grave, non bastava il consenso del procuratore, ma era eziandio necessario quello della parte avversa (Leg. mutari et ibi BARTOLO Dig. de procurat.; Leg. quæ omnia § 1 et ibi BARTOLO et PAUL DE CASTRO Dig. eod.). Le cose andavano di questa maniera, laddove nuovo procuratore non fosse costituito: *secus autem si alium deputet* (DELUCA, *De judiciis*, disc. VI) *cum tunc nulla cadat prohibitio.*

Quanto al diritto di rinunzia correvano massime che noi pure in parte accettiamo, benchè oggidì l'orizzonte della libertà sia più esteso. Il mandato assunto doveva portarsi a compimento, questo era il principio, *meno una legitima causa;* e allora *licitum erat mandatum deserere et mandato renunciare* (Leg. si mandavero § fin. Dig. mandat.; Gloss. in Leg. ante diem Dig. de procurat.). Fra le cause era questa che PAOLO espresse (*Fragm.* 14 de proc.): « Si post datum procuratorem capi« tales inimicitiæ intercesserunt, non cogen« dum accipere judicium, *nec stipulationem ob « rem non defensam committi: quoniam nova « causa sit* ». Tuttavolta anche in questo caso il procuratore aveva dei doveri da rispettare, *dummodo mandanti jus integrum servetur*, conseguenza della obbligazione primamente assunta, e della natura di un mandato *ad litem.*

2. *Gli atti d'istruzione* si fanno dai procuratori e si notificano ai rispettivi loro domicilii. *Costituzione tacita di domicilio*, che fanno i litiganti nello studio del rispettivo procuratore per necessità del giudizio: questo è il concetto del secondo capoverso dell'articolo, che per questo solo si concilia con tutti gli altri precetti accumulati dalla legge sul domicilio reale e sul domicilio di elezione, mentre gli atti di parte, così detti, vanno al domicilio reale e d'elezione; gli atti procuratorii si cambiano fra i procuratori. Pratica costante di tutti i giudizi che si esercitano per mezzo di un procuratore legale, e che lasciavano tuttavia ricercare il principio in cui si fondasse. La nuova legge ha fatto bene di esprimere che ciò avviene per una creazione tacita di domicilio (*la costituzione... produce elezione...*), limitata ai bisogni dell'*istruzione della causa.*

§ 2.

Delle comparse, dei termini per rispondere, e della comunicazione dei documenti.

OSSERVAZIONI GENERALI

Ci siano permesse alcune riflessioni sul sistema del Codice.

Il *procedimento formale* si divide in tre parti o momenti essenziali: *istruzione, discussione, decisione* (nel processo sommario la istruzione è contemporanea alla discussione quando non voglia dirsi che con essa si confonde). La *istruzione* si suddivide in quattro parti; tre delle quali sono forme costitutive e necessarie, la quarta è eventuale. Questa partizione fa il Codice nella presente Sezione, *Disposizioni generali sulla istruzione della causa.* Quel predicato *generali* fa supporre dei dettati ulteriori riguardanti norme o regole *speciali.* E credo veramente sia così. Non intendo ora parlare di quelli che si chiamano *procedimenti speciali*, contenuti e quasi relegati nel Libro III, per non potersi comprendere nel sistema comune dei giudizi. Ma sta realmente che vi sono regole speciali, procedure parziali ad oggetti determinati: i quali oggetti o sono *contenziosi*, o sono *probatorii.* Sono della prima classe quelli compresi nella Sezione II e III del Capo I, Titolo IV; appartengono all'altra quelli compresi nella Sezione IV. Così è giustificato il predicato *Disposizioni generali*, mentrechè anche quelli sono distinti metodi d'istruzione, porgendo al giudice elaborata la materia del giudizio.

La *prima parte* dell'istruzione è la *citazione* e la *costituzione del procuratore;* fondamento

primo e duplice del giudizio *domanda regolare*, *legittimità dei rappresentanti*. La *seconda* è uno stadio indeterminato, quanto alla durata (ma che ha spazi assegnati e termini fissi), lasciato libero alle prove battagliere delle parti dove non è intervento del giudice. La *terza* comincia dalla *iscrizione in ruolo*, che suppone maturata la causa per esser portata a decisione. La *quarta* tratta degli *incidenti*. È stata da noi appellata parte *eventuale* del procedimento, perchè non in tutti sorgono incidenti. Il tentativo di partizione è nuovo, ed è proprio di questo Codice; indizio di studio più accurato e di più avanzate teorie. Vedremo a suo luogo che nel § 4 gli incidenti sono osservati con una veduta abbastanza generale per poterli attaccare al metodo della istruzione.

Articolo 162.

Qualunque istanza, risposta, o altro atto relativo all'istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa.

La comparsa indica il nome e cognome delle parti e dei loro procuratori, ed è sottoscritta dal procuratore.

Articolo 163.

La comparsa è notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore. La notificazione si fa mediante consegna della copia nell'uffizio del procuratore dell'altra parte.

L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale, e della copia.

Annotazioni.

La notificazione (che significa *copia intera* della comparsa) si eseguisce *nell'uffizio del procuratore dell'altra parte:* il che discende dal predisposto generale del capoverso ultimo dell'art. 161. Esclude la necessità di consegnar l'atto in mano allo stesso procuratore.

Articolo 164.

Il procuratore del convenuto fa notificare a quello dell'attore la sua risposta entro giorni quindici dalla scadenza del termine della citazione.

Può anche rispondere nell'atto stesso, col quale notifica la sua costituzione a norma dell'articolo 159.

Annotazioni.

I due precedenti articoli sono generali o *normali;* il processo difensivo, la istruzione specifica, comincia coll'articolo presente. La citazione passò dalle mani del citato al suo difensore. Ma il primo termine (che è quello stesso della citazione) è accordato alla parte perchè pensi un poco ai casi suoi, raccolga i suoi documenti, ecc. Un secondo termine, e questo fisso di giorni quindici, che comincia a decorrere collo spirare del termine della citazione, è dato alla prima manifestazione della sua difesa scritta. L'art. 77 del Codice di procedura francese conta questo termine, che è pure di quindici giorni *du jour de la constitution*, che però da quei proceduristi s'interpreta come dicesse *dalla scadenza del termine della citazione*, in guisa che, se piacesse al procuratore di anticipare di qualche giorno la sua costituzione, il termine di quindici giorni gli resterebbe intero.

Articolo 165.

L'attore, entro giorni quindici dalla notificazione della risposta, può far noti-

ficare la sua replica: il convenuto, entro giorni quindici successivi alla notificazione della replica, può far notificare la sua controreplica, e così successivamente.

Annotazioni.

1. *È determinato il numero delle scritture difensive?* Questo articolo ben fa palese che il numero non è determinato. Facciamo due passi nella storia di questa legislazione. L'art. 161 del Codice sardo del 1854 poneva che il convenuto farebbe notificare la sua risposta (alla citazione) entro quindici giorni; entro quindici giorni dalla notificazione della *risposta l'attore poteva significare* (come allora si diceva) *la sua replica;* poi nei quindici giorni successivi alla notificazione della *replica*, il convenuto poteva notificare la sua *controreplica*. E si finiva qui. S'intende che dopo la citazione tre scritture, o cedole, o comparse difensive, come si voglian chiamare, potevano aver luogo prima della iscrizione della causa in ruolo di spedizione. Le stesse disposizioni si vedevano riportate negli articoli 151 e 152 del Codice del 1859; ma con questa giunta: *e così successivamente*. Si potevano adunque mandare altre scritture di quindici in quindici giorni a numero indefinito. E in quel tenore preciso suonano i nostri articoli 164 e 165. Noi che fummo educati in quei fôri, ove la difesa si svolgeva amplissima e solenne, amiamo che, quando la natura dell'affare lo permetta, sia lasciata una certa libertà ai difensori; amiamo i larghi sviluppi. Con tutto ciò, benchè si tratti di attacchi e di difese, il presente periodo è d'*istruzione* e non di *discussione;* nei sistemi odierni la discussione è caratterizzata dalla contemporanea presenza di tutte le parti che sono essenziali al giudizio (il giudice compreso); e dal dibattimento simultaneo ed orale. *Ma quando avrà termine il primo momento del periodo d'istruzione che qui consideriamo?* Avrà termine colla iscrizione in ruolo, secondo il disposto dell'art. 173 (*V.* appresso).

2. *È in facoltà di una delle parti di rinunciare al diritto della difesa, ai termini rispettivamente assegnati, e anticipare la iscrizione in ruolo?* Lo riserbo all'esame dell'art. 174.

Articolo 166.

Quando la comparsa sia fondata su documenti, si deve offrirne la comunicazione per originale o per copia, eseguire il deposito degli originali nella cancelleria, e far notificare il deposito eseguito.

Articolo 167.

La comunicazione dei documenti si fa per mezzo della cancelleria, la quale consegna al procuratore dell'altra parte l'originale o la copia che sia stata a questo fine depositata insieme coll'originale. In quest'ultimo caso l'originale rimane in deposito nella cancelleria per tutto il termine assegnato a rispondere.

Annotazioni.

1. Il noto principio che i documenti prodotti diventano di diritto comune delle parti, è ben espresso colle sue conseguenze da DUPARC-POULLAIN, t. IX, pag. 143: « En général toutes « les pièces produites deviennent de plein droit « communes à toutes les parties; soit avant, « soit après la communication. Dès qu'une « pièce est produite, chaque partie, en effet, a « acquis le droit d'en tirer les inductions né- « cessaires à sa defense ». È una delle garantie della libertà giudiziaria; consacra il diritto della difesa.

La comparsa potrebbe *non esser fondata su documenti*, se si trattasse di una prova da farsi, di capitoli testimoniali, di proposta di giuramento, ecc. *I documenti devono offrirsi in comunicazione* o *per originale* o *per copia;* ciò significa che *originali* e non *copie* denno prodursi (*eseguire il deposito degli originali nella cancelleria*), ma che possono anche offrirsi in comunicazione le *copie*, producendosi per altro sempre gli originali. Benchè l'art. 167 non sia per avventura redatto con quella chiarezza, che è uno dei pregi di questo Codice, parmi non possa intendersi che ad un modo. Il cancelliere consegna al procuratore dell'altra parte *l'originale o la copia che sia stata a questo fine depositata insieme coll'originale*. Non è già que-

sta una maniera alternativa; il cancelliere non può consegnare *l'uno o l'altra a sua scelta;* no, egli deve consegnare la copia, e lo dimostra evidentemente il seguito dell'articolo. L'originale rimane depositato in cancelleria *per tutto il termine assegnato a rispondere;* il procuratore contrario può sempre consultarlo, confrontarlo. È una cautela che ogni accorto difensore vorrà usare; saranno così evitate le spiacevoli applicazioni dell'art. 170, quantunque squisita educazione e lealtà sia oggidì la divisa del nobile ceto dei causidici. E dicendo *copia*, forse la legge volle dire *copia autentica?* Non credo, appunto perchè l'originale rimane sempre a disposizione in cancelleria, e per originale deve anche intendersi copia autentica. Aggiungo in conferma questa espressione dell'art. 153 dell'ora cessato Codice di procedura sardo; ove, parlando del *deposito degli originali*, si diceva *da ritenersi dalla segreteria per la sola loro visione.*

Vedremo che in altri giudizi più semplici la comunicazione dei documenti vieno praticata in modo diverso.

2. Qui vengono opportune alcune ricerche.

a) Si ha diritto di chiedere alla contraria parte la partecipazione di atti o documenti indicati nelle sue difese, ma non prodotti?

L'opinione del CARRÉ, che è affermativa, è un'autorità rispettabile senza dubbio; perciò solo accenno a una questione che, a parer mio, non ha veruna importanza in se stessa. « Nous « avons déjà dit (sono sue parole) que l'on « pourrait demander communication de toutes « pièces dont le demandeur entendrait se ser- « vir, encore bien qu'elles n'eussent été ni *em-* « *ployées*, c'est-à-dire *citées*, ni *signifiées*, c'est- « à-dire *fournies par copie.* » Fa maraviglia che il suo perpetuo annotatore, il CHAUVEAU, non abbia aggiunto verbo, nè pro nè contro. Ma in che mai si sostiene una tale opinione? Che vale, che profitta nominare un documento e non produrlo? Se l'altra parte non concorda, se anche senza negare la possibilità della esistenza del documento si restringe nella eccezione *actore non probante*, l'asserzione è per lo meno una inutilità, rimane senza influenza; e non avendo attitudine a nuocere, non investe di un diritto d'azione a compulsare un documento che, come suol dirsi, è fuori del mondo, l'opponente, *satis tutus*, mediante il presidio della eccezione. Questa è di fatti l'antica dottrina. « Instrumenta quidem *solum* « *quibus usurus est* (edere actor debet)... « Edenda autem sunt omnia quæ quis apud « judicem editurus est; *non tamen ut instru-* « *menta quibus quis usurus non sit, compella-* « *tur edere* » (DONEL., *De jure civ.*, l. XXIII, c. 6, p. 11). *Usurus* si è detto, e non *usus sit*, a significare, che nulla importa il dichiarare in seguito di non volere più valersi di quei documenti e di abbandonarli; no: *effecta sunt communia.* Ed è parimente inutile il protestare di non volere far uso del documento se non nelle parti utili; *quia non in potestate ejus est restringere vim probationis instrumenti in judicio producti* (HILLIGER. in DONEL.).

Noi teniamo adunque la sentenza del CARRÉ essere senza fondamento, o almeno insostenibile ai termini della nostra procedura. *L'attore è in piena facoltà di produrre i documenti che vuole; non si può pretender comunicazione che dei documenti prodotti.*

b) Ma l'attore stesso può chiedere dal reo la esibizione di documenti di sua proprietà o comuni? (Il che, a parità di ragione, si estenderebbe al reo, attore nella propria eccezione.) La formola del quesito contiene le proprie condizioni. È una grande e importante limitazione del principio *nemo tenetur edere contra se;* e del noto aforisma che i nostri vecchi criminalisti, regnando la prova legale, invocavano spesso, *non sunt sumenda arma de domo rei.*

Porterò anche questa volta un passo di CARRÉ, contento di trovarmi con lui: « On « peut également demander comunication de « toutes pièces *qui seraient communes aux* « *parties: par exemple, d'un partage fait entre* « *elles ou leurs auteurs ou d'autres actes réci-* « *proquement obligatoires*, dont une des parties « aurait égaré le double ». *Quest.* 788 all'articolo 188 del Codice di procedura civile.

Quali sono i fondamenti di questa dottrina? In vero non possiamo chiederli alle moderne legislazioni, che non se ne occupano, o poco, o male. Ma l'imperatore Antonino fece questo rescritto, che è la Leg. 4 Cod. de edendo. « Qui « accusare volunt, probationes habere debent; « cum neque juris neque æquitatis ratio per- « mittat ut ALIENORUM istrumentorum inspi- « ciendorum potestas fieri debeat. Actore enim « non probante, qui convenitur etsi nihil ipse « prestet, obtinebit. » In questo dettato un elemento avversativo o negativo, se meglio piace chiamarlo così, avverte che la teoria ha la sua limitazione nei documenti sui quali abbiamo un qualche diritto. Ma apertissima è la Leg. 7ª di quel titolo: « Procurator privatæ rationis, « *instrumentorum quæ communia tibi esse cum* « *fisco dicis*, describendorum facultatem se- « cundum morem fieri jubebit; et si quando « res exegerit, ad fidem petitionis tuæ apud « alium judicem probandum aliquid eorum « proferri, desiderante eo qui convenitur, ut

« id fiat præcipiet ». Onde gli espositori, mettendo in rapporto le due citate leggi, notavano che in questo caso il convenuto *non petit aliena, sed sua:* che se la Leg. 7ª parla del fisco, lo stesso, *a fortiori*, avviene fra privati. Esempi sono: se Tizio e Cajo comprarono un fondo in comune e ne fecero una sola scrittura; o se trattasi di coeredi, e alcuno di essi chieda al suo coerede avversario, che possiede i documenti ereditarii, la esibizione di quelli che possono tornargli proficui nella quistione che gli ha mosso contro. La quale, *actio ad exhibendum*, o compulsoria, io, vendicante la cosa mia da un terzo, posso esercitare eziandio contro il possessore del documento che non è in causa, onde lo esibisca o lo faccia patente nel mio interesse.

Fermiamoci a queste semplici nozioni, che nella ragione intrinseca appartengono al *diritto di proprietà*, e sono tema del Codice civile piuttosto che del Codice di procedura; se non che alla procedura spetterebbe descrivere il rito con cui la compulsoria dovrebbe eseguirsi. Ma la nostra è muta; e l'ordinamento del tit. X dell'ultimo libro ha evidentemente un diverso indirizzo. Ecco dunque un soggetto *misto di diritto e di ordinatorio*, non sistemato, e abbandonato alle tradizioni quanto al primo, alle induzioni e alle regole d'analogia quanto al secondo.

Materie di volumi io debbo restringere in brevi note, e mi affretto. Intanto sembra stabilito e posto fuori di quistione il diritto di *compulsare dal mio avversario i documenti miei proprii*, e domandarne la consegna assoluta; o i *documenti a me e allo stesso mio avversario comuni*, e malgrado suo; di questi però non potrò pretendere che la esibizione o comunicazione, e quando io provi il mio attuale interesse. Si avverta bene ai principii che io pongo, fondati nella proprietà, e non in altra causa; il diritto di compulsare l'atto pubblico in mano al notaio, parte da tutt'altra ragione. Onde ritengo che persino la procedura stabilita nel prefato titolo X è cotanto speciale che non può voltarsi a veruna applicazione nel presente subbietto. Ma io dico in due parole *che la compulsoria potrà anche proporsi per azione; lo si dovrà se si tratta di un terzo* (vindicatio, o ad exhibendum), *e potrà proporsi, secondo i casi, come ogni altro incidente*, pendente la causa.

D'una in altra idea finisco coll'osservare le conseguenze di questo giudizio.

La dottrina è questa. Se la controversia è col mio stesso avversario che mi sta a fronte, provato che io abbia il *possesso in lui*, la *proprietà* o almeno la *comunione in me* del documento, ove egli non lo esibisca, *pro convicto habeatur* (Donel. ad Leg. 1 Cod. de ed., et in Leg. si possess. Dig. de probat.), e io vinco la causa. Se contro il terzo, l'azione si risolverà nella emenda dei danni e interessi.

Articolo 168.

Il procuratore che ebbe comunicazione dei documenti deve farne restituzione nel termine stabilito per rispondere.

Annotazioni.

La *comunicazione* viene fatta in due modi: colla ostensione dei documenti in cancelleria, se trattasi di originali di cui siano date anche le copie: la *restituzione* allora non riguarda che le copie. *Ma qual è il termine stabilito a rispondere?* Al punto in cui siamo del procedimento formale, il termine è di quindici giorni. Resta vedere se questa disposizione abbia un carattere di generalità, e così se abbiano un carattere di generalità col presente i due articoli che seguono.

Qui vuolsi innanzi tutto osservare che la *comunicazione per consegna* non avviene in ogni procedimento; che *avanti il giudice conciliatore* non ha luogo questo modo di comunicazione; che nel procedimento formale avanti i tribunali di commercio, i termini sono diversi; altro il metodo nelle cause dei pretori: onde il rito non può generalizzarsi. Se non che dove la legge sia meno esplicita, come lo è negli altri casi, si applicherà la regola di analogia.

Articolo 169.

Quando le parti contrarie a quella che fece la produzione dei documenti abbiano procuratori diversi, e siano depositati nella cancelleria documenti da comunicarsi

in originale, se i procuratori siano più di due, il termine per rispondere è di giorni trenta per tutti.

Annotazioni.

1. La necessità di prolungare il termine della visura e dell'esame dei documenti nell'interesse della difesa produce il prolungamento stesso del *termine per la risposta*. Non più di quindici, ma di trenta giorni è questo termine. È possibile che ad ogni comparsa si portino nuovi documenti; ed ecco i termini, abbastanza prolissi, moltiplicarsi. Ciò per altro si verifica allora solo che vi siano *docucumenti originali* da vedere in cancelleria; ma il procuratore dell'attore non potrebbe evitare una sì lunga sosta colla cautela di comunicare le copie, lasciando in cancelleria depositati gli originali? Precisamente al contrario. Già abbiamo visto (articolo 167) che gli originali si consegnano quando manca la copia; ora la diligenza che il procuratore si prenderà di unire all'originale la copia, avrà questo strano effetto che quello resterà bensì meglio guardato in cancelleria; ma se i procuratori avversarii sono più di due, sarà costretto a lasciar passare un mese invece di quindici giorni.

2. **Questioni.** — *a) È forse prorogabile in qualche caso particolare il termine dato alla visura dei documenti in cancelleria?* Non resta che ricorrere alla regola generale scritta nell'articolo 47, e questa dunque applicheremo Ma prorogare il termine della visione dei documenti vale prorogare quello della risposta, chè vanno di conserva, come ci avvisa l'articolo, essendo necessario alla risposta lo studio completo delle produzioni contrarie. E sia. Anche il termine a rispondere potrà prorogarsi concorrendo le circostanze dell'art. 47, o aversi per prorogato insieme all'altro. In senso e con leggi più rigorose *V.* intorno a ciò DALLOZ, *Répertoire*, t. IX, p. 526, n° 25; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 460; THOMINE, t. I, p. 215; BONCENNE, t. II, p. 333.

b) Se posteriormente al periodo della istruzione scritta che qui si contempla, si producano documenti, gli stessi o diversi termini saranno dati ai procuratori contrarii all'oggetto di esaminarli? Avvertasi che la produzione di nuovi documenti non è libera, che vi è un momento nel quale è vietata: ed è *quando la iscrizione della causa a ruolo è rimasta ferma* (art. 174). Ma sino a quel momento come si può scrivere difese, così nuove produzioni potranno farsi. Qual termine sarà dato alla visura? Sempre quello che è assegnato alla risposta (art. 174). Del resto se l'altra parte non ha diritto di rispondere, io credo che si farà semplicemente la comunicazione, lasciando gli originali in cancelleria per esser veduti; il tribunale in qualche grave caso potrà prescriver termine al deposito; ovvero comunicato l'originale, prefiggerne alla restituzione. In generale i tribunali hanno in siffatte materie un limitato potere discrezionale, modellato alle circostanze (sentenza della Corte di Bordeaux, 10 dicembre 1827, *Journ. Arrêt d. Cour*), ove però fu deciso che la domanda a statuire su controversie di comunicazione di documenti si forma per via di conclusioni o, come ora diciamo, comparse. È stato ancora ritenuto che si può ridomandare in appello (da nuovi difensori) comunicazioni di documenti già comunicati in prima istanza (PIGEAU, *Proc.*, t. I, p. 192; BONCENNE, t. III, p. 432, ecc.), e dipende dalla qualità del documento, dall'indole della causa, da circostanze personali, onde il giudice potrà assegnar congrui termini. Posso citare in appoggio l'autorità del BOITARD (t. I, n° 413). Illustrando l'art. 188, dice: « En effet de nouvelles pièces pourront être signifiées *dans toute la durée du procès*. Je puis, aux derniers moments de l'instance, alors qu'une pièce m'est signifiée, avoir intérêt à en requérir la communication ». E come quell'articolo parla d'una comunicazione *entro tre giorni dalla notifica* (disposizione che non è nel Codice italiano), soggiunge che secondo l'interesse che può presentare la produzione, o che io posso avere, « aussi est-il *abandonné à la prudence du tribunal*, après ces trois jours expirés, d'accorder ou de refuser la communication donnée par l'une des parties ».

Articolo 170.

Quando il procuratore non restituisca nel termine stabilito i documenti, il presidente, sull'istanza della parte interessata e sentito esso procuratore, ordina la restituzione immediata dei documenti, e può condannare il procuratore al pagamento di lire cinque, a titolo di danni, per ciascun giorno di ritardo.

Quando entro due giorni dall'ordinanza, se pronunziata in contraddittorio,

o dalla notificazione, se pronunziata in contumacia, il procuratore non abbia restituito i documenti, l'autorità giudiziaria, sull'istanza della parte interessata, previa citazione in via sommaria, può ordinarne la sospensione per un tempo non maggiore di giorni novanta.

Articolo 171.

Le istanze accennate nell'articolo precedente possono farsi dalle parti in persona, e dirigersi anche al ministero pubblico.

Le sentenze di condanna indicate nello stesso articolo sono appellabili solo in quanto riguarda la sospensione.

Annotazioni.

1. La istanza *si fa dalla parte interessata;* il procuratore della parte interessata non avrebbe questa facoltà, e qualche autore osservò (secondo la legge francese non punto diversa) che si volle così evitare al procuratore l'odio di siffatta domanda, non senza sospetto per la relazione che suole contrarsi fra uomini della stessa professione, che sogliono usarsi vicendevoli riguardi (CARRÉ, nota all'art. 191. La ragione diretta pare che sia la qualità dell'atto che non è nelle ordinarie funzioni del difensore, e muove da un fatto che non poteva essere preveduto nella commissione del mandato. Che munito di speciale mandato, il procuratore possa far quella istanza, e iniziare questa specie di procedura penale, non dovrebb'esser conteso.

2. Qui si parla di *restituzione di documenti;* e dovrà intendersi di documenti originali o di copie autentiche di cui siasi fatta la consegna: di copie semplici no certo, non potendo venire sotto nome di *documenti*. Questo articolo almeno non sarà applicabile.

3. Fra le pene solevasi annoverare l'arresto che questa legge ha tolto. Due ne restano: la multa giornaliera, la sospensione. Quella è facoltà del presidente; questa dell'*autorità giudiziaria*, cioè del tribunale civile o della Corte avanti cui pende la causa. Una volta che si è attribuita al presidente la facoltà di applicare la prima delle indicate due pene, fa un po' meraviglia che *dopo due soli giorni*, prima cioè d'aver veduto l'effetto della tediale, ossia della multa giornaliera, si possa convolare a più grave giudizio. Checchessia, questa è la legge. *Ma istruito il giudizio perchè si pronunci la sospensione, seguiterà a correre la multa, oppur no?* Io veramente credo che continui, non trovando scritto che il giudizio che s'istituisce avanti l'autorità giudiziaria renda inattiva, privi della sua efficacia, l'ordinanza del presidente. L'unico mezzo per tenerla in sospeso sarebbe il reclamo al tribunale contro la ordinanza del presidente, quando fosse ammissibile; intorno a che vedi la nota 3 all'art. 174. Del resto, finchè la maggior pena non è pronunciata, finchè pende il giudizio, non vedrei perchè la prima dovesse cessare. La parte, così facendo, non vi rinunzia per certo; e la legge forse ebbe ciò stesso nelle sue considerazioni, affinchè il procuratore percosso da quella molestia d'ogni giorno si risolva al dovere, e sfugga per suo vantaggio la ignominiosa condanna. Forse fu in questa previdenza che la legge limitò la mora a soli due giorni, onde intese porre un intervallo al giudizio della sospensione, lasciando però alla pena pecuniaria libero il corso. Devo poi tenersi per indubitato che pronunciata la maggior pena, la prima cessa immediatamente.

4. **Questioni.** — *a) L'articolo 170 è forse applicabile fuori della presente sede? o in altre parole, questo articolo penale è generale o particolare ai procedimenti formali avanti i tribunali civili e le Corti d'appello?* Motivo di dubitare potrebb'essere il non vedere questa severa o altra simile misura compresa nelle *disposizioni generali;* il vederla allogata nelle regole del procedimento formale; il trattarsi di una penalità che di sua natura non ammette estensione da verun lato, nè per la sostanza nè per la forma, ma deve applicarsi a rigore. Se non che può veramente sostenersi che questa sanzione sia proprio affissa al procedimento formale avanti i tribunali civili e le Corti d'appello, ed a quel rito appartenga come una delle sue manifestazioni e dei suoi modi di essere? No, per certo; se l'art. 170 fosse stato portato nella categoria delle regole generali, avrebbe potuto starvi, come a dire, indipendente e da sè. Aggiungasi che una ragione identica milita in ogni altro caso in cui un procuratore, a cui fu consegnato un importante documento, ricusi di restituirlo (re-

standogli però sempre aperta la via a giustificarsi). Non si tratta di dare estensione ad una legge penale, ma di comprenderne la portata. Quale assurdo, quale contraddizione nella legge che il procuratore, che in causa civile abusa o invola un documento, debba soggiacere a sì grave coercizione, e possa impunemente farlo in una causa avanti il tribunale di commercio!

Posto ciò in principio, una grave obbiezione rimane a sciogliere, ed è come mai possa il rito dell'articolo 170 eseguirsi avanti un giudice singolare, un conciliatore o un pretore, il quale dopo avere emessa l'ordinanza di preavviso e d'ordine, dovrebbe pure decretare la sospensione: pena che troppo chiaramente sembra riserbata all'autorità collegiale avanti cui pende la causa, essendo ciò vieppiù dimostrato dall'essere l'ordinanza data al potere del *presidente*, il che suppone appunto la collegialità.

Ma io escludo dalla mia ipotesi il giudizio del conciliatore o del pretore. Ivi non è ammesso il ministero del procuratore. Quanto alla portata e all'applicazione dell'art. 419 vedremo a suo luogo.

Resta dunque a parlare del tribunale di commercio; ivi non è rituale doversi al procuratore, quando ci sia, fare la comunicazione per consegna dei documenti, ma ho supposto che siasi fatta, o in qualche grave caso permessa dallo stesso tribunale, e domando quale, non volendosi restituire il documento, dev'esser la procedura! È d'uopo anche consultare i principii della competenza, osservando nel resto la regola d'analogia.

Soltanto i tribunali civili o le Corti d'appello, a mio fermo avviso, *sono investiti della facoltà di pronunciare la pena della sospensione*. Nol potrebbe il tribunale di commercio, essendo fuori delle materie di sua competenza. Opino per altro che il presidente del tribunale di commercio possa emettere l'ordinanza, di cui nella prima parte dell'art. 170, stando ciò nei termini di una coercizione disciplinare. Ma perdurando la mora del procuratore, *si potrà promuovere il giudizio della sospensione avanti il tribunale civile* con una azione distinta, con un giudizio *ex novo*, nel quale la ordinanza del presidente del tribunale di commercio non verrebbe in esame se non come mezzo e documento a provare la mora già incorsa.

b) Passato senza effetto anche il tempo della sospensione, niun altro rimedio compete alla parte interessata per riavere il documento? Nessuno, se parliamo dell'oggetto specifico: perchè a prestare il fatto specifico *nemo compelli potest*. Ma subentra la disposizione generale di ragione: *si avrà diritto al risarcimento del danno*.

Io penso che l'autorità giudiziaria che infligge la sospensione potrà ordinare che, scorso il termine che vi avrà assegnato, il procuratore renitente debba soccombere per ultimo risultato alla emenda del danno. Imperocchè, sebbene si tratti di una vera pena, essa però contiene anche il carattere di *vis compulsiva*, incitante alla riparazione; come si deve ritenere finchè la condanna reale (a prestare il *quantum abest re non restituta*) non è pronunciata. Che se la condanna fosse pronunciata, resterebbe il carattere puramente penale. Per es., se il tribunale assegnando un nuovo termine, dopo quello condannasse il procuratore ai danni e alla sospensione; e sarebbero due condanne distinte. Nel caso inverso si procederebbe alla sospensione per un tempo non maggiore di novanta giorni, sino a che il documento fosse restituito; e passati i novanta giorni, per non esserci altro a fare, si finirebbe il triste piato colla condanna al risarcimento dei danni. Tutti modi che io credo essere nelle attribuzioni del tribunale.

Articolo 172.

I termini per rispondere e per qualunque altro atto d'istruzione possono per giusti motivi essere abbreviati dal presidente, col decreto che permette la citazione a breve termine, o anche in corso di causa, sentite le parti.

Annotazioni.

1. Se ciò che si propone nel primo periodo dell'articolo non è un pleonasmo, il concetto dell'articolo 170 *sulla istanza della parte interessata* dev'essere diverso da quello quivi enunciato. E lo è. La differenza sta fra la *istanza scritta* e la *verbale*; fra la istanza rivolta al presidente, e quella fatta al pubblico Ministero: ho detto istanza *scritta* nel primo caso; e dev'esser così, in relazione all'articolo 50. *Il decreto è scritto in fine del ricorso*: la istanza deve quindi essere *scritta*: a domande verbali delle parti non risponde mai con decreto l'autorità giudiziaria. Il pubblico Ministero valendosi della istanza *che la parte*

gli ha fatta in persona, nell'interesse dell'ordine, nello zelo della giustizia s'interpone e porta al giudice la sua uffiziale domanda: è nel suo diritto. Sembra che la legge abbia voluto evitare alla parte l'odio di una domanda diretta.

2. Il capoverso dell'articolo induce un po' di dubbiezza; esige almeno qualche schiarimento. *Le sentenze di condanna*, si dice, *sono appellabili solo in quanto riguarda la sospensione.* È quanto dire che le ordinanze del presidente non sono appellabili; ma lo sono le sentenze che l'*autorità giudiziaria* pronuncia con effetto di condanna sull'unico oggetto che l'articolo assegna, cioè la *sospensione*. Fermiamo che *una sentenza assolutoria non sarebbe appellabile.* Si è già osservato che l'autorità giudiziaria (tribunale civile o Corte d'appello) potrebbe benissimo proferire altra condanna oltre quella della sospensione, quella dei *danni reali* non confondibili colla multa, benchè pur essa a titolo di danni. È chiaro che la sentenza del tribunale *sarà appellabile per l'intero*, ossia rapporto a tutte le condanne che comprende. L'articolo non è esattissimo nella sua dizione, dalla quale si dedurrebbe che ogni sentenza è appellabile, qualunque sia l'autorità giudiziaria che la proferisce; ma è pure evidente che non lo sarebbe la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello.

3. **Questione.** — *Se sia dato diritto di opposizione o reclamo contro la ordinanza del presidente.* Dalle ordinanze o decreti del presidente non si dà appello: *non si appella che dalle sentenze* (art. 465), e la ordinanza o decreto del presidente non è una sentenza. Il metodo sarebbe di portare reclamo all'intero collegio, se ciò fosse permesso. È egli permesso in questo caso, non volendo noi per ora formarne una regola? Non nego di essere stato in forse, e mi libero appena dalla mia esitanza. Mi teneva incerto il riflettere che la cosa per sè è ben grave, posto che il decreto del presidente è decisivo della questione del diritto, cioè della domanda diretta ad ottenere la restituzione del documento che il procuratore potrebbe contestare. Certo è ancora che tale decreto inchiude una vera e non lieve condanna nella multa giornaliera, che può protrarsi a un tempo che la legge non definisce, e dipenderà dall'arbitrio del presidente il limitare. In relazione ai precedenti Codici sardi, può osservarsi che tanto per l'art. 183 di quello del 1854, che dell'art. 179 di quello del 1859, questa era faccenda tutta del tribunale, non del presidente. Rammentiamo che l'art. 191 del Codice di procedura francese, risoluzioni anche più gravi affida bensì al presidente (sino all'arresto personale), ma pone a costa il rimedio; e nell'art. 192 *si accorda la opposizione.*

Malgrado la forza di questi argomenti, io mi penetro dello spirito del nuovo sistema, e parmi di vedere *che la ordinanza del presidente non è suscettibile di reclamo od opposizione.* Primieramente alla legge non costava che una parola, e questa parola non pronunziò. Dire che è ammessa l'opposizione, sarebbe aggiunger quello che non sta scritto nella legge. Nel sistema generale del Codice trovo che o non si fa uso della opposizione contro le ordinanze e decreti dei presidenti o dei giudici delegati, o almeno si dichiara espressamente quando si concede; forse perchè a tali giudici, spiccati, a così dire, dal seno del collegio, si affidano funzioni che devono esercitarsi speditamente, prontamente, e senza ostacoli da intralciare e protrarre le procedure oltre il disegno che il legislatore si propose. Ho riflettuto che una interpretazione estensiva (rare volte permessa in queste materie, tanto letterali e positive) si farebbe esempio di altre simili interpretazioni, estensive in altri casi di decreti e di ordinanze ove la legge tace: e se una volta si supplisce al silenzio, non vi sarebbe ragione perchè in altre non si potesse supplire. Se nel precedente Codice, che il legislatore si teneva avanti gli occhi in atto di riformatore, se nel precedente Codice, io diceva, *aveva luogo la udienza*, con citazione *d'ordine del presidente* o *del giudice commesso* ma certamente con giudizio del tribunale; se nel nuovo sistema le funzioni si divisero; se la minor pena fu subbietto di semplice ordinanza, e la maggiore fu mantenuta alla giurisdizione del tribunale, tutto ciò fu dunque ponderato, e rappresenta la volontà del legislatore: insomma è una riforma calcolata e voluta. Noi non possiamo cancellare questa riforma e far ritornare le cose pressochè nel sistema antico. La diversa disposizione del Codice francese mi persuade ancor più. La condanna proferita dal presidente era una vera condanna per *défaut*, una condanna in contumacia. Onde osservava il CARRÉ: « *Ces condamnations ne doivent pas avoir plus de privilége qu'une condamnation par défaut, et c'est pourquoi l'art.* 191 *permet de les attaquer par la voie de l'opposition*, qui comme tout autre doit être signifiée en forme de requête (ricorso) et contenir les moyens, et est portée, sur un simple avenir (istanza senza citazione), devant le tribunal qui la juge sommairement, et prononce comme il est dit en l'article précédent » (CARRÉ, *Lois de procédure*, all'art. 162).

§ 3.

Dell'iscrizione della causa a ruolo, delle comparse conclusionali, e dell'estrazione della causa dal ruolo di spedizione.

Articolo 173.

Quando sia decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere, la parte che vi ha interesse può far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione.

La parte che non vuole rispondere può farla iscrivere anche prima della scadenza del detto termine.

L'iscrizione della causa è notificata all'altra parte.

Annotazioni.

1. La iscrizione in ruolo di spedizione fa cessare l'istruttoria: la causa è matura per esser portata all'udienza. Ma la iscrizione come vedesi dagli articoli che vengon dopo, *non è decisiva*: la istruttoria può riaprirsi, ma questa volta la legge vi pone un limite assoluto.

2. L'iscrizione in ruolo è opera del cancelliere; ma lo stesso procuratore, come suol farsi in pratica, fornisce al funzionario i dati opportuni.

Il *ruolo generale di spedizione* è un registro di cancelleria, diviso in colonne, che contiene le *annotazioni* indicate dall'art. 214 del *Regolamento per la esecuzione del Codice di procedura civile*, ecc., del 14 dicembre 1865. Alcune delle annotazioni devono fornirsi dal procuratore, a cui diligenza si procede alla iscrizione, e non si possono che da lui. Nel tempo stesso consegna alla cancelleria gli *atti della causa* (art. 215). « La notificazione della iscrizione prescritta dall'ultimo capoverso dell'articolo 173 del Codice di procedura civile *deve farsi entro due giorni dalla sua data* (ciò è regolamentare), con biglietto in carta libera, da un usciere, che ne scrive sugli atti la relazione. Questa è presentata dal procuratore istante al cancelliere, che ne prende nota alla colonna ottava del ruolo di spedizione » (art. 216).

3. Quando s'intende *decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere?* Avverto che questa è una formola nuova; ed anche un pochino, mi sia permesso il dirlo, equivoca. Se la legge lo avesse essa medesima fissato questo termine, sarebbe conto piano; ma gli è che non l'ha fissato. Dagli art. 164 e 165 ci risulta che attore e convenuto si combattono o si possono combattere con vicendevoli comparse di quindici in quindici giorni, e così *successivamente*, senza dichiarare sin quando e chi sarà l'ultimo a scrivere. Ciò che abbiamo di certo si è che la parte che *non vuol rispondere* può farne a meno, e procedere alla iscrizione in ruolo. Di questo diremo un po' più avanti. Intanto la prima parte dell'articolo suppone che non per rinunzia al diritto di rispondere, ma per esaurimento di difese, per lasso di termine e per maturata e compiuta istruzione, si proceda alla iscrizione. Si domanda anche una volta, quando tutto questo si verifica? Ora che tocca a me il rispondere, dico che non lo so. Sono costretto a congetturare. Bisogna ch'io mi finga abbastanza matura la causa dopo un certo scambio di difese. La citazione è la prima e solenne manifestazione dei diritti dell'attore; il convenuto risponde; replica l'attore; il convenuto manda una controreplica, che una volta si chiamava *duplica*. Qui il corso difensivo, prima della iscrizione in ruolo almeno, sembra proprio finito. Ciò era nelle nostre pratiche; ciò è razionale. Se adunque il convenuto, dopo la sua controreplica, passa senz'altro alla iscrizione in ruolo, sembra essere in regola.

La diligenza del cancelliere vorrà indagare se veramente sia venuto questo tempo, che qui sta come condizione della regolarità della iscrizione in ruolo. E sarà cosa buona; ma il cancelliere non ne sarà il giudice. Per altro una iscrizione in ruolo prematura potrebb'essere dichiarata invalida dal tribunale invocato con domanda incidente, per dar luogo alla difesa che si fosse tentata di preoccupare e precludere.

Ma ciascuno è in facoltà di rinunciare al beneficio indotto a suo favore: questo dice l'articolo nel secondo periodo, e se ne può anco dedurre che *nessuna difesa* potrebbe apparire, se fingiamo che il convenuto, appena ri-

cevuta la citazione, rinunciando ad ogni risposta, convoli alla iscrizione e chiuda la causa. Questa conclusione è esattamente nei termini della legge, quantunque potesse sembrare strana una istruttoria in processo formale senza un filo di difesa.

Ma vi è qualche cosa nelle prime parole dell'art. 164 da muovere un dubbio. La legge si esprime in questo modo: *il procuratore del convenuto* FA *notificare a quello dell'attore la sua risposta*... e poco appresso, con notevole discretiva, PUÒ *anche rispondere nell'atto stesso*. Sarebbe forse un obbligo del procuratore del convenuto di rispondere la prima volta, *potendolo* anche far tosto, rinunciando alla comodità di un più lungo termine? Non si dovrà conoscere dal giudice anche quello che si voglia, quello che sarà per dire il convenuto? Ma reputo quella discretiva poco concludente: la difesa può e si deve largamente permettere; imporre non si può: tanto vi è lesione di libertà nel toglierla, quanto nel costringere a farla.

Articolo 174.

La parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo può far notificare all'altra parte una nuova comparsa nel termine perentorio di giorni quindici.

Se questa risponda, cessa l'effetto dell'iscrizione a ruolo, ma le spese dell'iscrizione e della relativa notificazione sono rimborsate dalla parte che fece notificare la nuova comparsa.

Se non sia notificata alcuna nuova comparsa, o se la parte a cui fu notificata dichiari di non voler rispondere, o non risponda nel termine ordinario, l'iscrizione rimane ferma.

Annotazioni.

La iscrizione in ruolo, nel suo primo tratto, *è semplicemente condizionale*, e *si risolve* all'apparire della difesa, che la parte contraria a quella che fece eseguire la iscrizione, ha diritto di produrre nel *termine perentorio di quindici giorni*. Vi è diritto di rispondere, ma non di replicare, e questo pure è notevole. Ond'è che se una parte, per istanchezza di scrivere, vi rinunciò per definire la causa, facendo porre al ruolo di spedizione, si sente venire addosso un'altra difesa contraria, contro la quale non può farsi schermo. In tutti i casi ogni atto dopo la iscrizione in ruolo rimane sospeso fintantochè sia passato il termine ordinario della risposta, eccettochè la parte che ne ha il diritto non vi rinunzi. In questo proposito l'art. 218 del *Regolamento* 14 dicembre 1865. « Verificandosi il caso previsto nel primo « capoverso dell'art. 174 del Codice di proce- « dura civile, il cancelliere, sulla presenta- « zione della nuova comparsa, che il procura- « tore che l'ha sottoscritta deve fargli non più « tardi del giorno successivo a quello della no- « tificazione della parte contraria, cancella la « iscrizione precedentemente fatta, mediante « apposita indicazione sul ruolo di spedizione « alla colonna delle osservazioni e a margine « della comparsa medesima. Il procuratore « che contravviene alla suddetta prescrizione, « incorre nell'ammenda di lire venti. »

Articolo 175.

Rimasta ferma l'iscrizione della causa a ruolo, non è ammessa alcun'altra comparsa, salvo quella indicata nell'articolo seguente, eccetto si tratti di deferire il giuramento decisorio.

Annotazioni.

1. La *istruzione scritta*, che giunta ad un certo stadio si arresta e dà luogo all'orale, è una felice combinazione dei nostri sistemi, la cui eccellenza è provata specialmente nel grande criminale, per dirlo alla francese. Una profonda differenza, che è della natura dei due processi, fa che in penale la istruzione scritta non è che preparatoria, rappresentando una collezione di materiali che la discussione orale accerta, depura, innova o trasforma, laddove nel processo civile i fatti storici, fondamento della prova, hanno la loro manifestazione propria e anteriore alla udienza in cui si discutono le ragioni. Tuttavia anche nel processo

penale vi è un momento in cui si fissano i termini dell'azione, e diventano invariabili; è il momento in cui si spiega l'*accusa; dopo l'accusa* comincia la discussione analitica, ma si svolge tutta intorno a quel perno: *l'accusa* circoscrive il giudizio, porge la misura agli esperimenti delle prove e alle ricerche, determina l'oggetto della decisione. In civile non è meno essenziale il fermare la questione in termini bene definiti: ma la legge ha creduto di poterlo fare con un'ampiezza quale in criminale non si potrebbe. Di tre parti distinte consta il processo: contiene le *domande*, i *documenti* che vi dànno appoggio, la *dimostrazione*, che è la parte razionale. Quest'ultima ha ancora una manifestazione, ma sotto forma di *conclusionale*, come diremo al seguente articolo; le *domande* però che interessano precipuamente la posizione della causa, rappresentandone l'oggetto, sono invariabilmente fissate, *actum est;* e le stesse conclusioni finali non fanno che riassumerle e presentarle in termini più netti e più chiari. Può anche darsi, lo abbiamo già detto in qualche altra nota, che la citazione non sia stata seguita da veruna oppugnazione del convenuto, da veruna eccezione: non gli sarà tuttavia interdetto di proporre egli pure una conclusionale. La legge va più avanti: proibisce la *produzione di nuovi documenti* (*V.* articolo seguente).

2. Domando licenza di anticipare sul seguente articolo in cui la proibizione è scritta. Mi giova riunire a questo punto alcune osservazioni, che non mi verrebbero così acconcie in altro luogo, anche perchè ho il presentimento di dover fare sull'articolo seguente un discorso alquanto lungo.

Lo scopo che si ha in vista, di determinare la posizione della questione, non sarebbe raggiunto se si permettesse la produzione di nuovi documenti. Questo è almeno lo spirito della legge: in astratto potrebbe disputarsi della bontà o anche della verità di tale proposizione; ma questa è la legge. Nei precedenti Codici era stato posto un lenitivo a tanto rigore — *se il producente giurasse di non avere avuto prima notizia della esistenza di quei documenti* — era abilitato a produrli. Il sistema era imbarazzante quanto illogico. Imbarazzante per gli inevitabili indugi di simili incidenti, per le contestazioni che ne sorgono. Illogico, perchè si faceva dipendere una regola d'ordine giudiziario da cause meramente accidentali e subbiettive. Quella clausola è stata levata. Quando termini lunghi e copiosi furono già dati, deve bastare: se in altri giudizi il tempo stringe di soverchio, e tuttavia bisogna affrettarsi, non si deve poi cadere nell'eccesso opposto nei giudizi ordinarii; questo ragionamento avrà fatto a se stesso il legislatore.

Potrà dubitarsi *quali siano i documenti nuovi* (art. 176). Se la legge avesse detto = non si possono produrre *altri* documenti = sarebbe riescita più chiara. Sono documenti *nuovi* quelli che hanno una immediata relazione coi già prodotti; che valgono a chiarirli, o da essi derivano, e ne sono come uno sviluppo o il complemento? Si disputa di una divisione e di assegnazioni di parti; e mentre l'attore pretende all'assegnazione di tre fondi, il convenuto trova una scrittura, un atto qualunque, che prova letteralmente due di questi essere stati assegnati a lui. Più ancora. Si domanda un pagamento: si porta la quietanza. Dovremo rifiutarla trattandosi di *documento nuovo?* È possibile che il giudice voglia caricarsene la coscienza e condanni perchè la legge lo costringe a volger gli occhi dalla quietanza che gli è stata presentata? Io non so bene se il legislatore abbia messa là quella parola colla intenzione non approfondita di non volere altri documenti qualsiansi; ma so anche che il legislatore, espressamente interpellato, avrebbe risposto che la sua formola deve intendersi in un modo ragionevole ed equo, in quello che sarebbe conforme alla giustizia. Porremo dunque questa massima, che stimiamo giusta: *documenti nuovi intendonsi quelli che non hanno un conveniente rapporto coi documenti prodotti e cogli atti della causa; ma tendono a cangiare, non tanto lo stato della questione, quanto piuttosto la sua qualità e carattere.*

3. Si è sempre fatta una limitazione al rigore della ordinatoria *a favore del giuramento decisorio.* Generalmente il giuramento decisorio è tale sovrano rimedio che si ammette in qualunque stato della causa (art. 220). Rispetto alla coscienza, è la libertà; rispetto alle lunghe e faticose evoluzioni del processo, è il troncamento di tutte le questioni; rispetto alla verità, è l'ultimo grado di perfezione che la sua dimostrazione possa umanamente raggiungere.

Articolo 176.

Le parti devono riassumere in una comparsa il fatto della causa, le loro conclu-

sioni e i motivi delle medesime, senza che possano produrre nuovi documenti, nè fare nuove istanze o eccezioni.

Questa comparsa è notificata da un procuratore all'altro nel termine di giorni quindici da quello in cui l'iscrizione a ruolo rimase ferma, sotto pena di ammenda di lire dieci.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — *Conclusione* è la domanda specifica e formale che si fa nel corso del giudizio sia per ottenere (*in petendo*), sia per respingere (*in excipiendo*); specificazione che distingue *gli oggetti* della questione dalla folla degli argomenti dimostrativi, e con formole precise sottopone gli oggetti medesimi alla determinazione del giudice. È la conclusione *che investe il giudice di giurisdizione a pronunciare sulle proposte dei contendenti*: la prima e fondamentale è radicata nell'atto stesso di citazione; le *comparse* ne contengono delle altre per l'attore o pel reo, però in relazione logica con quella che è prima e fondamentale, e dà, per così dire, il tuono, ed anima tutto il giudizio. La conclusione si riflette di tutta la sua forza nella sentenza; la sentenza riceve da essa la materia del giudicare; è valida o nulla in quanto corrisponda o no alle conclusioni; le cose giudicate vanno a cercare i fondamenti nelle conclusioni. Onde il MERLIN disse: « Les conclusions sont regardées comme une partie essentielle de la procédure, à laquelle on ne saurait prêter une attention trop sérieuse ».

2. *Forme delle conclusioni.* Sono *principali* o *sussidiarie*. Accade molto frequentemente che nel dubbio di ottener tutto ci rassegniamo, se la prima non si troverà ammissibile, a conseguire di meno; e mettiamo avanti una prima domanda subalterna, poi una seconda, forse una terza, e più ancora; *le quali domande sussidiarie non importano*, ciò è riflessibile, *un'anticipata acquiescenza alla sentenza di rigetto della principale*; onde segue che questa non ammessa, si può interporre appello. Ecco un esempio, che è del DALLOZ. La parte che sostiene la inammissibilità della prova testimoniale, ha forse, in subordinata conclusione, esibito dei capitoli, instando tuttavolta in via principale per la reiezione della prova. Se la prova è ammessa, ha diritto di appellare, senza che gli possa esser contrapposta la domanda subordinata (DALLOZ, *Conclusion*, § 2). Le conclusioni sussidiarie sono dunque interamente a beneficio.

Le *alternative* si distinguono dalle sussidiarie in ciò che si escludono a vicenda; quindi una delle istanze ammessa, l'istante non può gravarsi della esclusione dell'altra, essendone la conseguenza, e non può interporre appello.

Sogliono chiamarsi *eccezionali* quelle che, senza occuparsi del merito, tendono a rimuovere, nell'interesse del convenuto, la domanda contraria con eccezioni pregiudiziali, declinatorie, o sospensive.

Le conclusioni sono la *parte deliberativa delle comparse*, circondate poi dal ragionamento. Ma le stesse comparse sono *scritte* o *verbali*; quindi anche le conclusioni, *scritte* o *verbali*. Di queste abbiamo esempio negli articoli 415 e 416. Esse pure acquistano permanenza di prova, registrandosi nel processo verbale di udienza; e ricevono quella modalità esteriore che conviene alla loro natura, e ne sarà discorso a suo tempo.

3. Pervenuti allo stadio del procedimento segnato dall'art. 176, noi sappiamo che il nostro còmpito è quello di riassumere, riordinare, presentare in più lucide formole, in termini più esatti le conclusioni avanti prese; per cui la comparsa, che è il grave tema dell'art. 176, ha due caratteri: è *riassuntiva* per la ragione detta, ed eziandio *conclusionale*, perchè, riducendo alle ultime e definitive proposizioni le varie o non sempre coerenti e uniformi domande, stabilisce e mette in saldo quella che spesso diciamo *posizione della questione*, che d'allora in poi diventa inalterabile.

4. **Questioni.** — *a) Sull'importanza che ha nell'opera delle conclusioni il ministero del procuratore o quello dell'avvocato.* Il procuratore ne è propriamente l'autore; egli mandatario nominale della parte, egli in cui nome si procede. È stato deciso che l'avvocato non può cangiare la conclusione senza l'assenso del procuratore, e che opponendosi questo, la conclusione sarebbe nulla (Cassazione francese, 30 marzo 1810; era regola nella ordinanza del 1667). Così pure è stato ritenuto che, anche trascurando l'avvocato di perorare all'udienza una nullità proposta nelle conclusioni, non dovrebbe riputarsi abbandonata.

b) Sulla mutabilità delle conclusioni sino alla conclusione definitiva. Una certa latitudine è concessa alle parti di correggersi e di pentirsi nel corso del processo prima di quel momento in cui la causa deve dirsi chiusa. Non è la cosa più facile il definire i limiti entro cui può una

tale facoltà esercitarsi; e bisogna in ogni caso distinguere la posizione dell'attore da quella del reo, *multa enim actori prohibita sunt quæ reo permittuntur.* D'uopo è ancora rammentarsi che parliamo d'istruzione scritta, e che la teoria che vi ha rapporto non è ugualmente buona per altri giudizi.

La individualità del giudizio è determinata dall'azione spiegata, dall'oggetto formolato nel libello, e in fine dal tenore della citazione. (Il *libello* e la *citazione*, nell'esatto linguaggio della prassi canonica, erano cose distinte: quello indicava la forma stessa della domanda, questa l'atto con cui il reo si chiamava in giudizio.) È già statuito per le antiche dottrine che il libello, *semel oblatus*, può *emendarsi*, non *mutarsi;* per emendazione del libello, che poteva aver luogo sino alla contestazione della lite, intendevasi « quando vitium aliquod ipsius « aut obscuritas tollitur, salva libelli substan- « tia, uti fit superflua resecando, obscura de- « clarando, verba aliqua addendo vel mutando, « *manente eadem sententia* » (Leg. unica, Cod. de emendat.; ABBAS, in C. significantibus, n° 24; REIFFENSTUEL, lib. II, *Decret. de libelli oblatione*). Queste parole raffigurano la severità dell'antica dottrina libellare, per la quale all'ultimo non era concessa all'attore che la facoltà di riformare l'atto nella sua materiale espressione; non taccio però che praticamente il rigore del principio fu assai temperato, e qualche variazione anche di sostanza venne ammessa, *manente eadem sententia*, ferma la qualità dell'azione e lo scopo obbiettivo della domanda. Neppur oggi potrebbe farsi molto di più se trattasi di portar cangiamento alla domanda; è ritenuto potersi correggere quelle espressioni irregolari che, male conformandosi all'azione proposta, sariano anche tali da far naufragare la medesima istanza. Per esempio, se essendosi voluto introdurre un'azione possessoria, come l'atto primitivo denota, si fossero usate formole importanti in qualche modo una dichiarazione di diritto: si disse *manutenzione nel diritto*, ebbene, doveva dirsi *manutenzione nel possesso:* la correzione è permessa (esempio di DALLOZ). Le variazioni *in meno* sono sempre concesse. (Nell'esame della precedente questione ho anche osservato che vi è caso in cui l'attore, così portando le risultanze del processo, può aumentare la sua domanda, *quoad quantitatem*, il che non immuta la base dell'azione.) Il convenuto invece, nel campo aperto e franco delle eccezioni, che moltiplici svariate e anche opposte fra loro possono essere, *mentre uno è il libello e una l'azione*, può battersi al largo e mutare; salvo che nell'ultima e definitiva comparsa si rannodi e prenda conclusioni certe e ben definite, sotto pena di non poter obbligare il giudice ad occuparsene, e di non poter attaccare di nullità la sentenza che non se ne sia occupata.

Soltanto in questo proposito può sorger dubbio se, quando la contraria parte *accettò la conclusione*, sia più lecito variarla, in onta al *quasi contratto giudiziale:* e anche su ciò bisogna intendersi. Supponiamo che l'attore abbia domandato cento in forza di un atto di donazione; e il convenuto risponde, ammettendo implicitamente la donazione, che egli non deve se non cinquanta. L'attore, replicando, aderisce alla conclusione, e diminuisce la domanda. Ma più avanti in altra comparsa il convenuto impugna e nega la donazione, dicendola nulla perchè in vita del donante non venne accettata (articolo 1057 del Codice civile). Può farlo, ovvero è legato dalla precedente ammissione, e dal supposto quasi contratto giudiziale? Io dico che può farlo; e qui distinguo. Se la eccezione che il convenuto vien facendo in opposizione alla sua precedente *non concerne che il diritto privato*, non può; se l'eccezione *è di ordine pubblico*, come nel caso, il convenuto non è vincolato, e può proporla sino alla conclusione finale.

c) *Dicendosi nell'articolo* 176 *che la comparsa riassume le conclusioni precedenti, potrà il procuratore riferirsi anche agli atti della causa, non proprii:* per es., *se i periti determinarono certi valori in somma superiore alla entità che fu chiesta nella citazione introduttiva, potrà il procuratore concludere chiedendo questa somma*, o *vi sarà vizio di* ultra petitio? Sì: può farlo. E qui noteremo in generale che le antiche strettezze sulla imprescindibile domanda primordiale, fonti di tanti rovesci giudiziali e di tante nullità, hanno ceduto a più benigne estimazioni. Domande, per es., esagerate e non esatte nella quantità, non per questo solo si rigettano come un tempo era prescritto (*Instit.*, de exceptionibus, § 10; de action., § 33), salvo una condanna o compensazione proporzionale nelle spese. Ma qui si tratta di *aumentare la domanda*, che sembrerebbe più ardno. Devesi però por mente che le risultanze degli atti, quelle specialmente che derivano da ordinamenti di giudici, fanno parte integrale del processo, e modificano o possono modificare le domande stesse delle parti che trovando in esse la verità, o un diritto in loro favore da quelle emergendo, come nel primo caso le parti hanno debito di conformarvisi, così nel secondo hanno facoltà di invocarle in loro vantaggio. Ciò esige il ri-

spetto della verità, ciò esige la economia dei giudizi; conseguenza che si amplia persino al caso in cui il valore originariamente richiesto siasi accresciuto, correndo il giudizio, per fatti derivanti dalla stessa origine, ma posteriori alla sua introduzione. Se alcuno domandò 3,000 per danni e guasti operati dal convenuto sul suo fondo, se intanto pendente la lite, e continuando il convenuto nelle sue devastazioni, il perito riscontrò che il danno era asceso a 10,000, l'attore nelle sue conclusioni che fanno seguito alla stima giudiziale, alla perizia, potrà chiedere questa somma (salva la competenza) senza pericolo di *plus petitio*.

d) Sul determinare i veri limiti della prescrizione ordinata nell'articolo 176. Escludendo *nuove istanze* ed *eccezioni* (meno la domanda di giuramento decisorio), la legge pone l'ufficio dell'ultima e definitiva comparsa scritta: ufficio di riassunzione, di sintesi, di richiamo decisivo delle precedenti istanze ed eccezioni. Dico *di richiamo decisivo*, poichè quelle che non si richiamano, che non si ripetono a rappresentare l'ultimo pensiero, l'ultima volontà, si direbbe, del litigante, *si hanno per abbandonate*. Così si ha per abbandonata una eccezione di nullità non riportata nella conclusione finale (Casale, 10 giugno 1838, BETTINI, vol. 10, p. II, pag. 654). La Cassazione disse molto bene che questo atto definitivo della causa si reputa opera della stessa parte, o almeno da essa particolarmente inspirata (1° aprile 1859, BETTINI, vol. 11, p. II, pag. 237). Ma una teoria rigida, assoluta, non può stabilirsi; si tratta di domanda o eccezione nuova? È cosa di fatto e di criterio. In primo luogo è pacifico che *errori materiali* trascorsi nelle precedenti comparse possono correggersi senza vizio di novità (Cassazione, 23 giugno 1857, BETTINI, vol. 9, p. IV, pag. 588). Oltrechè nella comparsa finale possono essere meglio svolte e presentate le precedenti deduzioni (Cassazione, 31 dicembre 1850, BETTINI, vol. 9, p. I, pag. 869). Si crede d'altra parte, non senza ragione, che trattandosi di domande fatte per ammissione di mezzi di prova, suppongo di prova testimoniale, non sia necessario di ripetere le materie articolate, i capitoli esibiti, ecc. (Cassazione, 12 maggio 1858, BETTINI, vol. 11, p. II, pag. 237), bastando riferire ciò che vi ha di sostanziale nel subbietto, precisando però la stessa domanda, il che è di necessità assoluta; essendochè quella formula dovrà passare nella sentenza, e starvi come base e termometro del giudicato; e nel resto richiamando con esattezza le precedenti comparse. Altra volta è stato detto, e parmi pure con ragione, che senza vizio di novità si può nella cedola conclusionale, come allora si chiamava, domandarsi la *eseguibilità provvisoria della sentenza*, non domandata innanzi, considerandosi come una conseguenza o sviluppo dell'anteriore concetto (Genova, 2 marzo 1857, BETTINI, vol. 9, p. I, pag. 159). E bastino gli esempi.

e) Le domande di semplice istruttoria sono comprese nel divieto delle domande ed eccezioni nuove? Rispose negativamente la Corte di Nizza, 11 luglio 1856 (BETTINI, vol. 8, p. II, pag. 806). A tali domande non s'impone certo limite, seguendo il naturale svolgimento del processo.

f) Come si discutono le questioni che nascono sul carattere da attribuirsi alla comparsa riassuntiva? Ciò può esser materia di un incidente, mezzo onde il tribunale formalmente si occupi della questione (DALLOZ, *Répertoire*, concl. n° 46).

g) Quale sarà la conseguenza se la comparsa non è notificata secondo l'articolo? C'è la multa di dieci lire! Parlo francamente; non mi sarei aspettato dal nuovo Codice, a più di un titolo degno di elogio, la ripetizione di questa bassa, umiliante, inutile pena! Ma pagata l'ammenda, che ne verrà? si potrà ovviare alla notificazione? se la notificazione è tardiva? Nel primo caso al procuratore contrario resta sempre il diritto che la notificazione gli venga fatta. Nel secondo potrà chiedere comodità di termine, un rinvio. La notificazione, come ognun vede, è sostanziale; le circostanze diranno se sia da impartirsi un altro termine.

Avvertenza. — L'articolo 221 del regolamento per la esecuzione del Codice di procedura civile dichiara: « La comparsa conclu« sionale, prescritta dall'art. 176 del Codice « di procedura civile, deve contenere, oltre « quanto è stabilito in esso articolo, le indi« cazioni ordinate nell'articolo 200 del pre« sente regolamento. In margine all'atto con« clusionale si noteranno la data dell'atto di « citazione, o delle comparse da cui sono de« sunte le conclusioni col richiamo al numero « delle pagine in cui sono formulate ».

Articolo 177.

Non più tardi di giorni cinque successivi al termine stabilito per la notificazione delle comparse conclusionali, i procuratori debbono depositare nella cancel-

leria gli atti della causa riuniti in fascicoli, muniti dell'inventario e della nota delle spese.

Gli atti devono contenere, oltre l'atto di citazione e le produzioni rispettivamente fatte, tutte le comparse date da ciascuna delle parti, e quelle state ad essa notificate dall'altra parte. Se gli atti depositati siano incompleti, il cancelliere deve completarli, a spese del procuratore, mediante copia degli scritti mancanti.

Il procuratore che non abbia eseguito il deposito nei cinque giorni, è condannato dal presidente, anche d'ufficio, nell'ammenda di lire cinque per ogni giorno di ritardo, e la relazione della causa può aver luogo sugli atti depositati.

Annotazioni.

Cinque giorni intendiamo da quello dell'avvenuta notificazione. L'obbligo dato al cancelliere di completare gli atti mancanti (*deve completarli*) non potrà sempre adempiersi, perchè dove andrà egli a cercarli! Già lo prevede l'articolo nella seconda parte, dichiarando *che la relazione della causa* (non la decisione?) *potrà aver luogo sugli atti depositati.* Siamo di nuovo all'ammenda (di lire cinque per ogni giorno di ritardo), e parmi applicabile la disposizione pel ritardo del *deposito del complesso degli atti;* e non per mancanza di qualche atto o documento.

Articolo 178.

Gli atti depositati dai procuratori sono dal cancelliere presentati entro le ventiquattro ore al presidente, il quale prescrive con decreto che la relazione della causa all'udienza sia fatta o da uno dei giudici da lui commesso, o dalle parti.

Gli atti depositati sono nel primo caso rimessi al giudice relatore, nel secondo caso si restituiscono alle parti.

Nelle cause in cui la legge stabilisce che debba essere sentito il ministero pubblico, gli atti sono prima a questo comunicati dal cancelliere entro il detto termine, e la presentazione di essi al presidente deve farsi entro le ventiquattro ore successive alla restituzione fattane dal ministero pubblico alla cancelleria.

Il ministero pubblico non può ritenere gli atti per più di giorni otto.

Annotazioni.

Il discorso ministeriale premesso alla legge ci volle avvisati che fu molto dibattuto nei consigli, se ad ogni causa (ordinaria) avesse a deputarsi un giudice relatore; e dal contrasto uscì l'articolo presente. La sua redazione non sembra la più propria. Bastava dire che il presidente dispone che la relazione della causa sia fatta da un giudice quando lo reputi opportuno. Prescindendo da un certo equivoco che nasce da quelle parole, *da uno dei giudici commesso da lui* o *dalle parti*, non può mettersi al paro la *relazione che fa il giudice*, e quelle che le parti stesse potranno fare; le parti non faranno propriamente una relazione, ma una esposizione; faranno sempre la relazione dopo quella del giudice; ma la faranno a loro modo, cioè parzialmente e secondo le viste della difesa.

I termini angustiosi posti dall'articolo non potranno sempre osservarsi per forza delle cose, supposta ogni buona diligenza. Se trattasi di causa nella quale il pubblico Ministero interviene, il cancelliere *ne fa prima comunicazione* allo stesso pubblico Ministero; onde il primo periodo dell'articolo è subordinato al secondo capoverso.

Articolo 179.

Emanato il decreto del presidente, la causa è estratta dal ruolo di spedizione per essere portata all'udienza.

Tra l'estrazione e l'udienza deve passare l'intervallo di otto giorni.

Digitized by Google

L'estrazione della causa e l'assegnazione dell'udienza sono per cura del cancelliere pubblicate e affisse, durante gli otto giorni, nella sala dell'autorità giudiziaria.

Articolo 180.

Quando alcuna delle parti si trovi nella necessità di ritirare temporariamente i suoi atti, stati rimessi al giudice relatore, il presidente può darne permesso stabilendo il termine per la restituzione.

Se il procuratore che ritirò gli atti non li abbia restituiti nel termine stabilito, è applicabile il disposto dell'articolo 177 ultimo capoverso.

§ 4.

Degli incidenti.

OSSERVAZIONI GENERALI

Era deplorata in alcuni Codici italiani, e nei piemontesi particolarmente, la mancanza di una sistemazione qualunque degli *incidenti*. La loro essenza è nella natura delle cose, il nome appartiene alla teoria, e se il nome non mancava, incontrandosi qua e là come per caso nel corso della procedura, se nelle specie che occorrevano era designata una forma che parimente poteva dirsi speciale, una norma comune, un principio regolatore, un ordinamento dominante proprio non c'era. Un Codice di procedura non deve comporsi tutto e solo di particolari, come alcuno crede; ma quanto un maggior numero di particolari può comprendersi sotto un principio comune, tanto si viene approssimando alla perfezione. Gravissima impresa, anche dal lato metodico e letterario, è un Codice di procedura; e se questa riforma sia riuscita abbastanza completa, non vorrei dire. Qualche avvertenza farò, e stimo assai grave. Intanto e di questo e della semplicità che il legislatore ha voluto introdurre in sì confusa materia, sappiamogli grado.

Articolo 181.

Gli incidenti sono proposti al presidente.

Il presidente, se le parti siano d'accordo sulla risoluzione, provvede per l'esecuzione. Se non siano d'accordo rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente, o anche del merito.

Annotazioni.

1. **Tentativo di una teorica.** — Un altro Codice di procedura poco apprezzato, perchè le circostanze voglion così, ma degno di esserlo, il *Regolamento romano*, descrisse nel § 841 la natura dell'incidente. « *Le controversie che nascono o vengono occasionate dalla domanda principale, e che si promuovono sia dalle parti fra loro, sia fra esse e i terzi, sono domande incidenti.* » La precisione di questo dettato è invidiabile. La domanda principale, o quella il cui oggetto è tale che non può esser materia che di una domanda principale; ecco la capitale differenza delle due forme, e la linea netta di separazione. Questo pure era maestrevolmente segnato nel § 842: « *Quelle istanze che, a norma della legge, sono il soggetto di un giudizio principale, non possono esser proposte come incidenti* ». I Codici non

devono essere dogmatici, dicono alcuni: è vero per molti rispetti, e non importa dir quali. Il legislatore non deve montar la scala dei principii, siamo d'accordo; ma dichiarando certe nozioni tecniche, speciali al suo istituto, capaci di una maggiore o minore estensione, o di sensi non sempre uniformi nel rapporto scientifico, determina il proprio modo d'intenderle, illumina le basi del sistema, previene i dubbii e le cattive interpretazioni.

2. Chi volesse adombrare, senza pretensione di novità, una teoria degli *incidenti*, piglierebbe buona via partendo dalla *qualità negativa;* nè è difficile il concepire che incidente non è la domanda principale, mentre il contrario evidentemente ripugna. Alquanto più indaginoso si è, come non possano formar materia d'incidenti subbietti distinti e diversi da quello della stessa domanda principale. Il che accade per due maniere: o perchè *il subbietto abbia una natura così sostanziale e propria che non possa mai essere contenuto nell'ambito della domanda già proposta in giudizio* (all'azione possessoria opporre il diritto); o perchè *la legge positiva respinga dal poter formolarsi in incidente una domanda o una eccezione, avregnachè correlativa o in qualunque modo convergente alla domanda principale*, per viste d'ordine giudiziale, di competenza o d'altro. È manifesto che l'incidente tiene alla natura del principale, in certo modo, come l'accessorio, benchè sarebbe molto inesatto il dire che l'incidente sia un accessorio della domanda principale. Tiene alla natura di essa sotto varii e diversi aspetti, nei quali varii e diversi aspetti viene a raffigurarsi la partizione teorica degli incidenti. Ma anche intorno alla relazione che ha l'incidente col principale convien distinguere. O è di *natura*, ovvero *artificiale; ex principio juris*, o per ragione estrinseca di utilità e di convenienza. È di natura che l'incidente riguardante la prova si svolga dal sistema dell'azione o dell'eccezione; ma la riconvenzionale, per esempio, appartiene all'ordine positivo del diritto, e s'induce da ragioni estrinseche.

Gl'incidenti *derivano* o *sono occasionati* dalla domanda principale: ecco la divisione più generale. *Derivano* quelli che rappresentano lo sviluppo del merito dell'azione, come i mezzi di prova; ovvero, giudicata l'azione, assumono carattere di mezzi esecutivi. Dal lato del convenuto, quelli che interessano la sua difesa nel merito. Sono incidenti *occasionati dalla domanda principale* tutti gli altri che non sono propriamente generati dalla qualità della domanda o della eccezione; sarebbero gl'incidenti d'istruttoria, di competenza, di ricusazione di giudici, le intervenzioni dei terzi, ecc.

Volendosi annoverare gl'incidenti in categorie, possono divisarsi le seguenti: *a) Incidenti d'istruttoria*, che concernono il moto ordinamentale del processo, i termini, comunicazione di documenti, ecc.; *b) Incidenti relativi alla giurisdizione:* eccezioni d'incompetenza, ricusazione di giudici, ecc.; *c) Incidenti che riguardano la istruzione:* in generale tutti i mezzi di prova costituendi nel corso del processo; *d) Incidenti d'introduzione* o *di nuovo ingresso:* intervento di terzi, chiamata in causa dei garanti, ecc.; *e) Incidenti cautatorii* o *conservatorii:* cauzioni da prestarsi, depositi da farsi, sequestri d'urgenza, ecc.; *f) Incidenti esecutorii*, o riguardanti la esecutorietà delle sentenze o gli atti stessi esecutivi; *g) Incidenti di fondo*, che suddividonsi in relazione *al diritto* o in relazione *alla procedura*. Della prima specie è la eccezione di prescrizione, di risoluzione, di decadenza: del secondo, le perenzioni.

Ulteriormente si scorge che, osservati in ordine all'effetto a cui tendono, gl'incidenti sono o *progressivi* o *repulsivi:* i primi, tutti quelli che spettano allo sviluppo dell'azione o dell'eccezione; gli altri, che reagiscono e fanno forza onde cada l'azione o lo stesso processo.

3. **Note esegetiche.** — I. Il merito del presente sistema è di avere proposta una semplificazione innanzi sconosciuta in questa materia, irta di triboli e di spine, messe feconda ai legulei, labirinto entro il quale la giustizia si perde, sfida permanente alla speditezza delle procedure. Una istanza è presentata al presidente, nella quale chi vuol promuovere l'incidente espone l'oggetto della sua pretesa (quanto alla forma, *V.* infra art. 185): il presidente chiama a sè il procuratore contrario; se le parti (vedremo altrove se si parli dei soli procuratori) *sono d'accordo, provvede per la esenzione.* Trattasi, per esempio, di ammettere una prova testimoniale, dei periti, di assegnare un nuovo termine per un incombente, di restituire i documenti avuti in comunicazione, di dare una cauzione, e simili, l'affare va: si farà un processetto verbale, sarà firmato dalle parti intervenute (ciò è indispensabile): il presidente farà la ordinanza: la prova testimoniale, la perizia è ammessa. Questo, lo credo, si potrà estendere agli stessi capitoli testimoniali, alla materia delle perizie, ecc.

Senonchè la difficoltà di render generale la disposizione, per gli ostacoli che incontra nella natura delle cose, pel limite che le viene necessariamente imposto da altri principii, non

ci lasciano esagerare la importanza di un istituto concepito colle più lodevoli intenzioni.

Eccettuati i casi urgenti, nei quali il presidente può risolver l'incidente senza l'accordo delle parti (art. 182), in tutti gli altri è l'accordo delle parti che lo investe di giurisdizione.

Sono intanto a notarsi le seguenti *limitazioni:*

1° *Se trattisi di questioni le quali, quantunque di natura incidenti, abbiano a decidersi con una vera sentenza*, quindi tutto il merito della controversia. Le questioni di *recesso*, di *perenzione*, quantunque incidentali, non potranno decidersi sopra accordo con semplice ordinanza;

2° *Se trattisi di questioni interessanti* l'*ordine pubblico*, come quelle relative alla competenza per ragione di materia o valore;

3° E pur anco in fatto di prove (sebbene l'utilità di questa legge sembri a ciò particolarmente rivolta) *allorchè sia dalla legge richiesto il concorso immediato della parte principale*, o *il procuratore abbia d'uopo di abilitazioni speciali e straordinarie*, come in fatto di giuramento decisorio.

E in generale si dice che la facoltà del presidente è determinata da quella dei procuratori in quanto col loro consenso possano ad esso attribuirla.

Per queste osservazioni si eleva un certo dubbio nell'animo *se il legislatore abbia avuto intenzione di proclamare* in questo paragrafo e nei varii articoli che lo compongono, una *generale sistemazione degl'incidenti*, ovveramente non abbia mirato che a quei tali incidenti che appartengono alla prova, o almeno a quelli che si sviluppano nel corso della istruzione scritta avanti i tribunali e le Corti d'appello, come suona l'epigrafe di questo Capo. Ma bisogna riconoscere che il legislatore pensò alla sistemazione generale; ond'è a dolersi che non abbia potuto raggiungere completamente lo scopo. A dimostrarlo non ho che ad allegare alcuni passaggi delle due relazioni.

Il Pisanelli lo disse chiaramente: « Quanto « alle norme generali che regolano la istru« zione della causa, non occorre di aggiungere « veruna osservazione ai cenni già premessi « sulla procedura scritta e sulla procedura « orale ». (Ho premesso questo brano per mostrare che si tratta di regole generali e principii.) Indi prosegue: « *Importa però di ac« cennare i* PRINCIPII *che informano il progetto « riguardo alle norme stabilite in* GENERE *per « gl'incidenti.* Anche dalla esposizione del ministro Vacca, che ognuno può consultare trascritta nelle prime pagine di questo volume, si argomenta la intenzione di dettare *una norma comune agl'incidenti.*

II. Lasciamo quella parte dell'articolo che fonda la risoluzione sul consenso. *Se non siano d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente* o *anche del merito.*

L'articolo non dice *avanti il collegio.* Onde potrà domandarsi: è forse allo stesso presidente che appartiene il risolvere contraddittoriamente l'incidente, o piuttosto al collegio? Potrebbe sorgere qualche ombra dall'art. 183, che ammette il reclamo dalla ordinanza del presidente, da credere per un momento che il presidente abbia ogni facoltà per risolvere gli incidenti anche in contraddittorio, essendochè per via del reclamo la questione potrà sempre portarsi alla decisione del collegio. Ma ben guardando, si vede che l'articolo 183 ha un rapporto logico e immediato coll'art. 182, di che daremo spiegazione nelle ANNOTAZIONI relative. Ma sarà mai possibile? potrà mai concepirsi nella mente di un giurista che il presidente fissi la udienza avanti di sè *per decidere anche del merito?* Se questa considerazione non bastasse, nella Relazione Pisanelli fu letteralmente espresso: « Se le parti non sono « d'accordo sulla risoluzione dell'incidente, il « progetto stabilisce che il presidente dovrà « rimettere le parti a udienza fissa *avanti il « collegio perchè sia pronunziato sull'inci« dente* ». Nulla in contrario risulta dalla Relazione del Guardasigilli: è dunque cosa accertata. *Mancando l'accordo delle parti* (e dove per la natura delle cose non sia possibile), *il presidente non ritiene la cognizione dell'incidente* (salvo il disposto del paragrafo seguente), *ma la rinvia al collegio, anche per quanto riguarda il merito della causa:* il che dipende da un giudizio di opportunità, di cui egli solo è investito. « Tale facoltà attribuita al magi« strato (scrive la Relazione Pisanelli) è diretta « ad impedire che una delle parti possa, col « proporre questioni incidentali, al solo scopo « di defatigare l'avversario, protrarre troppo « a lungo la definizione del giudizio. » Il metodo tornerebbe comodo ai difensori, che dal decreto del presidente sarebbero ammoniti che non del solo incidente, ma ancora del merito si discuterà all'udienza, onde verranno evitati i pericoli della sorpresa e delle trattazioni premature. Così il Pisanelli, aggiungendo: « Tutto « porta a credere che il presidente non fisserà « la stessa udienza anche per discutere sul « merito, se non allorchè, per lo stato in cui « si trova la causa, esiste una somma proba« bilità che il collegio delibererà altresì su tale « punto ».

Articolo 182.

Nei casi d'urgenza il presidente, sentite le parti, può risolvere l'incidente e dichiarare esecutiva l'ordinanza, non ostante reclamo, con cauzione o senza.

Articolo 183.

Il reclamo dall'ordinanza del presidente si propone nel termine di giorni tre da quello in cui fu pronunziata, o da quello della notificazione nel caso di contumacia.

Il presidente, sull'istanza dell'opponente, rimette le parti a udienza fissa.

Annotazioni.

1. Il primo dei recitati articoli ha una relazione immediata col seguente. Il magistrato che pronuncia la ordinanza presente odora, a così esprimermi, il *reclamo;* lo previene dichiarando esecutiva la propria ordinanza, *non ostante reclamo.*

Il presidente è il giudice naturale del *caso d'urgenza.* V'ha fra i più ovvii *quello del sequestro o deposito giudiziario* (art. 1875 e seg. del Codice civile, 924 e seg. del Codice di procedura civile). A lui la facoltà di rilasciare il sequestro *con cauzione* o *senza*, e di misurare la stessa cauzione (art. 928, 929).

L'art. 182 sta per noi a luminosa conferma della opinione espressa, dichiarando il precedente: quell'articolo nella mente del legislatore ha una portata generale.

Vero è che in tal veduta avrebbe anche dovuto considerarsi che incidenti si propongono non solo *avanti i tribunali civili e le Corti di appello* (al quali è dedicato il presente Capo I, del Titolo IV), ma pur anche avanti i giudici singolari; onde rinasce in noi il desiderio che questa lodevole disposizione avesse assunta, non solo nella intenzione, ma anche nell'effetto, una forma più comprensiva. Camminando coll'analogia, riteniamo che *le medesime attribuzioni siano date al pretore*, di che ben forte argomento somministra l'articolo 926.

2. Parliamo del reclamo; e pongansi alcuni quesiti:

a) *Le parti* (io intendo qui sempre i procuratori) *che convennero nella risoluzione possono interporre reclamo?* Distinguo: o *la materia era contenuta nelle facoltà del procuratore*, e tengo fermamente che non possa interporsi reclamo: la legge sarebbe inconseguente, la sua disposizione illusoria; o *non era contenuta*, e allora dovrà stimarsi come non avvenuto l'accordo, e si potrà interporre. Vi sono atti così intimamente connessi colla personalità del litigante, e sino a un certo punto così inalienabili, che il procuratore non può procedere che in forza di mandato speciale: il Codice ne è pieno. L'art. 181 suppone che il procuratore abbia facoltà di disporre della materia controversa: ciò si espose largamente nelle annotazioni del detto articolo. Ed aggiungiamo in coerenza, che lo stesso, se non a più forte ragione, accade in materia di ordine pubblico, *quæ privatorum pacto mutari non potest.* Spetterà al presidente conoscere quando sia il caso di applicare l'art. 181; il suo errore costituisce un gravame di diritto, che, circolando nei varii gradi, può da ultimo eccitare un giudizio di nullità in Cassazione.

b) *Quid juris, se trattisi d'incidente di causa pretoriale?* Coi debiti ragguagli alle diverse forme di procedura, il rito sarà ancora più semplice. Col buon accordo delle parti, il giudice può risolvere l'incidente, giusta l'art. 181. Ma è manifesto che i tre articoli seguenti non avranno applicazione, compreso l'art. 182. Il presidente d'un tribunale è considerato persona distinta dallo stesso tribunale, e può quindi esercitare, sino a un certo punto, funzioni distinte. Rientrando nel collegio per conoscere del reclamo elevato contro la propria ordinanza, la sua personalità scompare, ed esso si confonde col corpo al quale appartiene. Il giudizio non può subire queste diverse fasi avanti il giudice singolare, che per conseguenza (meno il caso dell'accordo) pronuncia sull'incidente nella sua udienza ordinaria.

3. Il presidente non decide l'incidente, non concordi le parti, che nel solo caso d'urgenza. Il *reclamo* è portato avanti lui stesso con istanza per la destinazione dell'udienza avanti il tribunale. Quindi in due casi, che non bisogna confondere, il presidente *rimette le parti a udienza fissa.* In quello dell'art. 181 non giudicando; e in questo, dopo aver giudicato l'incidente. I tre giorni decorrono dalla pronuncia se i procuratori sono presenti: qui contumacia suona non comparsa del procuratore alla udienza; allora è necessaria la notificazione.

Digitized by Google

Articolo 184.

L'ordinanza che rimette le parti a udienza fissa stabilisce:

1° Se la relazione della causa sarà fatta da un giudice delegato, o dalle parti;

2° Il termine in cui l'ordinanza sarà notificata ai procuratori contumaci;

3° Il termine in cui la causa sarà iscritta a ruolo a istanza di una delle parti, e quello in cui sarà fatta la pubblicazione e affissione indicate nel secondo capoverso dell'articolo 179;

4° Il termine in cui i procuratori dovranno notificare le comparse conclusionali;

5° Quando la relazione sia delegata ad uno dei giudici o debba essere sentito il ministero pubblico, l'ordinanza stabilisce il termine in cui gli atti si dovranno depositare nella cancelleria a norma dell'articolo 177, e quello in cui dal ministero pubblico dovrà farsene la restituzione alla cancelleria per essere comunicati al giudice relatore o restituiti alle parti.

Annotazioni.

1. Da questa disposizione si fa chiaro che, malgrado il carattere di generalità che il legislatore ha voluto dare al presente istituto, la forma peculiare qui descritta è propria degli incidenti che si propongono nel corso della istruzione nei procedimenti formali.

2. L'incidente continua a trattarsi, testimonio il presente articolo, con molta solennità. (Si ricordi però che può essere portato a discussione anche il merito, al quale, questa che chiamiamo solennità, è veramente necessaria.) Il vantaggio della semplicità e celerità, in confronto dei passati ordinamenti, si riduce adunque a questo: 1° alla facoltà data in genere al presidente di decretare la esecuzione della proposta combinata fra le parti; 2° alla facoltà di decidere nei casi d'urgenza, accordando diritto di esecuzione non ostante il reclamo.

3. Gl'incidenti di *mera istruttoria*, seguendo la ragione, potrebbero credersi esenti o da reclamo o almeno sottoposti a rito più semplice: ma non è così secondo la legge: la legge non distingue.

4. Ai termini dell'articolo 183 il reclamo ha luogo entro i tre giorni *dalla notificazione in caso di contumacia*. Ma il n° 2 di questo art. 184 suppone che ci siano ancora *dei procuratori contumaci ai quali la ordinanza non sia stata notificata*. Bisogna però avvertire che la presente disposizione comprende tanto i casi dell'art. 183 che quelli dell'art. 181. La ordinanza di cui qui si parla è precisamente *quella che rimette le parti a udienza fissa*. Se i procuratori furono presenti quando fu pronunciata, non occorre altra notificazione. Del resto l'affissione che deve seguire, è una ulteriore notizia di cui si deve tener conto.

5. È importante osservare che l'articolo suppone la comparsa primordiale del convenuto in giudizio mediante il suo procuratore. Di fatti non si favella che di *procuratori contumaci*. Questa forma, senza le modificazioni che la procedura contumaciale esige, non potrebbe applicarsi.

6. *Sulle comparse conclusionali*, di cui parla il n° 4, c'è a dire. Se non è portato alla udienza che l'incidente, cosa significa *comparse conclusionali?* I procuratori scriveranno una difesa per parte concludendo sulla questione incidentale: ecco tutto. Ma supponiamo si porti a discussione anche il merito: noi non sappiamo in quale stato della causa si provochi l'incidente. È vero intanto, secondo l'avvertenza del Pisanelli, che i procuratori avranno prescienza della trattazione del merito mediante la ordinanza del presidente, onde potranno prepararsi. La *comparsa* verserà sul duplice soggetto. Ma può anche avvenire che l'incidente nasca sui primordii della istruzione, mentre un certo spazio rimane a percorrere, e le parti sono in diritto di scrivere e controscrivere nella questione di fondo, svolgendo ampiamente le loro difese. Prefiggere una *comparsa conclusionale*, quando le iniziali e preparatorie non sono ancora scambiate, sarebbe un precludere ai difensori quello sviluppo che nelle cause formali è concesso dalla legge. In altre parole, sarebbe un precipitare la decisione del merito. Io credo che in questo caso e per questa ragione potrebbe combattersi la ordi-

nanza del presidente per ridurre la discussione ai limiti dell'incidente.

7. Una simile considerazione si presenta circa la disposizione del n° 5. *L'ordinanza stabilisce il termine in cui gli atti si dovranno depositare in cancelleria a norma dell'art.* 177 (nelle cause in cui dev'esser sentito il pubblico Ministero) *e quello in cui dal pubblico Ministero dovrà farsene la restituzione.* L'art. 177 attribuisce sino a cinque giorni pel primo incombente; otto giorni sono dati per la restituzione al pubblico Ministero (articolo 178, in fine). E da quella disposizione sembra risultare che la ordinanza del presidente possa restringere i termini di legge; ma è forse possibile questo, allorchè la discussione cada sul merito e non sull'incidente soltanto? Perchè la circostanza di un incidente addossato al merito dovrebbe alterare la economia dei termini legali generalmente stabiliti? Stimo adunque che in questo caso il presidente dovrà attenersi alla legge (art. 166, 167, 168).

Articolo 185.

Qualunque citazione per comparire davanti il presidente, può farsi con la comparsa stessa che propone l'incidente, o per biglietto.

Il termine per comparire è almeno di giorni tre, salvo i casi nei quali la legge dispone altrimenti.

Nei casi d'urgenza, il presidente può permettere la citazione a termine più breve, e anche ad ora.

Annotazioni.

Non si era toccato ancora del modo con cui dovrebbe inoltrarsi al presidente la istanza sull'incidente. Vi sono due modi diversi: *per comparsa;* la sua notificazione al procuratore contrario tien luogo di citazione; vi è assegnato il termine di tre giorni; non assegnato il termine, è sottinteso; non passati i tre giorni, l'incidente non potrà proporsi. Si può invece mandare una citazione *per biglietto,* ossia una citazione economica, da procuratore a procuratore. Nel qual caso, senza previa autorizzazione del presidente, riservata ai fatti d'urgenza, si avrà norma dalla tabella pubblicata in principio dell'anno giuridico secondo l'art. 201 del *Regolamento per la esecuzione del Codice,* del 14 dicembre 1865.

Articolo 186.

Il presidente può delegare a uno dei giudici le facoltà a lui attribuite nella materia degli incidenti.

La nomina del relatore si fa sempre dal presidente.

Annotazioni.

Il presidente si vale delle facoltà attribuitegli da questo articolo, *sia con delegazioni parziali per speciali cause e atti, sia con delegazioni mensili per qualunque causa e atto di istruzione.* Così si dispone nell'art. 201 del citato Regolamento, e per comodità trascrivo il testo. « Tanto in caso di delegazione, quanto « se le attribuzioni, di cui nell'articolo ora ci- « tato, siano esercitate dal presidente, il me- « desimo fissa in principio dell'anno giuridico « uno o più giorni della settimana per le « udienze d'istruzione *da tenersi ad ora deter- « minata in una delle sale del tribunale che sarà « indicata,* salvo le udienze straordinarie da « concedersi nei casi di maggiore urgenza. — « I decreti di delegazione mensile e di desi- « gnazione dei giorni e delle ore delle udienze « si terranno affisse nelle sale d'ingresso del « tribunale. » Aggiungi l'art. 202. « Nei tri- « bunali divisi in più sezioni, le delegazioni, « di cui nell'articolo precedente, si fanno dai « rispettivi capi di esse: la designazione del « giorno della udienza è fatta per tutte le se- « zioni dal presidente del tribunale, sentiti i « vice-presidenti. »

SEZIONE II.

Delle eccezioni d'incompetenza e di nullità negli atti.

§ 1.

Della incompetenza e della declinatoria del foro.

OSSERVAZIONI GENERALI

Nullità è la negazione di una esistenza giuridica *apparente*. È questa stessa apparenza, o mostra esteriore, che forma subbietto della dichiarazione di nullità. Finchè si ebbe in animo di adire una giurisdizione incompetente, e non si fece; finchè si meditò una citazione spoglia di ogni necessario requisito, e la citazione non venne in luce, nulla esisteva, e nullità non poteva dichiararsi. Ciò che propriamente si annulla è il *tentativo* messo ad effetto di sconvolgere l'ordine giuridico. Questo in generale. Ora dirò perchè il legislatore congiunge nella medesima *sezione* quasi diramazioni del medesimo concetto, le *eccezioni d'incompetenza e quelle di nullità degli atti*. Sono due specie di un genere sommo, che è la negazione dell'ente giuridico che si è venuto affermando ora sotto forma di giurisdizione, ora di atto giudiziale, quando non è nè l'uno nè l'altro.

Articolo 187.

L'eccezione di incompetenza per materia o valore può essere proposta in qualunque stato e grado della causa; l'autorità giudiziaria deve pronunziarla anche d'uffizio.

In ogni altro caso l'eccezione di incompetenza deve essere proposta prima di ogni altra istanza o difesa, nè si può pronunziare d'uffizio.

Annotazioni.

1. *Qualità* e *quantità*, materia e valore, ecco le due forme essenziali, i due fondamenti per cui l'ordine delle giurisdizioni esiste. Consenso, acquiescenza, dispute estranee interposte, tardività o silenzio continuo non offende quest'ordine immutabile affidato all'oculatezza del magistrato, sempre pronto a far cessare la minaccia sovversiva con una *dichiarazione d'incompetenza*. Consegue dall'assolutezza del principio che l'attore, pentito o convinto, può egli stesso invocare quella dichiarazione; e deve ottenerla non come un diritto proprio, ma come un diritto dell'universale di cui egli è parte. Ciò è generalmente ritenuto; e del resto ella è, come si notava, una semplice conseguenza di un principio inviolabile. Si è trovato giusto però che quando la contraria parte non sia concorsa a prorogare con atti di assenso la giurisdizione, l'attore, vincendo, abbia a pagare le spese (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 722).

La legge dice che la eccezione può proporsi *in ogni stato di causa;* e la giurisprudenza, esplicando il concetto, proporsi non meno efficacemente in ogni stadio del *giudizio di appellazione* (LEPAGE, quest., pag. 152; Corte d'appello di Torino, 18 gennaio, 1808; *Journal Ac.*, t. XVIII, pag. 893).

2. La nozione della incompetenza può comodamente dividersi in *generale* e *speciale*. La deficienza del carattere costitutivo della giurisdizione che nasce *dalla materia*, ed ha il suo limite *nel valore*, produce la incompetenza generale, abituale o assoluta. Il Codice, nel suo

metodo letterale, ha tolto via in gran parte il pericolo di confondere la incompetenza *generale colla speciale o relativa*, con quelle nitide separazioni e distinzioni che fanno cospicuo il Capo I del Titolo II, *Della competenza*. La teoria del Codice è quindi disegnata; e dall'affermazione dei principii portandoci alla negazione, il termine opposto alla competenza stabilita nella sezione I^a si è la *incompetenza assoluta*, e il termine opposto alla competenza stabilita nelle altre due sezioni è la *incompetenza relativa*.

3. **Questioni.** — *a) Vi è mai incompetenza di materia che non sia assoluta? L'incompetenza del tribunale civile nelle materie commerciali è sempre assoluta? È assoluta nei termini del presente articolo, sino ad esser tenuto il tribunale a dichiararla d'ufficio?* Motivo di dubitare sono le gravi autorità che ci stanno innanzi. Scriveva il CARRÉ: « Mais la incom- « pétence, *à raison de la matière*, est quelque- « fois *relative* en ce sens *du moins* (singolare « restrizione in un tema così positivo) que, non « obstant les expressions générales de l'ar- « ticle 170, *un tribunal ne serait pas tenu de* « *prononcer le renvoi d'office* ».

Questa dottrina nacque da una specie d'idea fissa della giurisprudenza, se così mi si permette di chiamarla, che il tribunale civile non è colpito d'incompetenza assoluta a conoscere i soggetti commerciali. Si riscontra in una decisione della Corte di Parigi (Sentenza 21 aprile 1808, e io la richiamo da lungi solo perchè adombra la dottrina della incompetenza relativa) che un tribunale civile aveva potuto conoscere di questioni elevate sopra oggetti commerciali, avendo le parti *procédé volontairement avant lui, bien qu'il y eût un tribunal de commerce dans la même ville*. La riflessione che indusse la Corte fu questa: che il tribunale civile non è nella impotenza assoluta (*impuissance absolue*) *de connaître des matières de commerce*, essendochè simili affari sono portati avanti di lui *quand il n'y a pas de tribunal de commerce dans la ville ou il siège*.

HENRION DE PENSEY, nel suo trattato *De l'ordre judiciaire*, solito a ricevere gli encomii degli scrittori francesi, diceva che in quel caso *la incompetenza non è radicale*, avendo i tribunali civili la *pienezza della giurisdizione;* « et ne sont *que accidentellement et par excep-* « *tion* incompétents pour juger les causes qui « auraient été placées *dans les attributions des* « *tribunaux extraordinaires, qui n'ont été créés* « *que pour l'intérêt des parties*, afin qu'elles « fusseut jugées plus promptement et avec « moins de frais, qui puissent interdire à « celles-ci de renoncer à cet avantage ». A questo luogo chiosava il CHAUVEAU — *le principe incontestable à été appliqué par nombreuses décisions;* e molte ne cita, e molte altre potrebbero citarsi. Il contrario si tiene nel caso inverso: i tribunali di commercio non possono conoscere di affari civili, e devono rinviare d'ufficio. *La giurisdizione del tribunale di commercio è improrogabile.* Sono principii proclamati dalle supreme Corti della Francia e del Belgio, essere *i tribunali civili i giudici naturali delle parti;* la giurisdizione del tribunale di commercio essere ristrettiva ed eccezionale.

Noi ci siamo chiariti in altro luogo avversi alla dottrina *delle giurisdizioni eccezionali:* le competenze, dividendo le giurisdizioni, sono determinate dal proprio oggetto; l'oggetto è la materia; il valore è la gerarchia: nella loro separazione e preciso discernimento è l'ordine giudiziario, come nella indipendenza e separazione dei poteri è l'ordine costituzionale.

Non vorrei farmi garante che l'antica massima *della universalità della giurisdizione civile* sia ripudiata dalla nostra magistratura con quella forza onde si respinge un errore di cui si ha coscienza. Ma di giorno in giorno il rispetto delle giurisdizioni si accresce, e gli stessi casi decisi ne vengono rimarcando sempre meglio i confini. Mi piace rammentare che uno dei più recenti scrittori francesi di procedura, JOCCOTON, ha rifiutato con coraggio la giurisprudenza del suo paese, confessandone nondimeno il formidabile accordo (*Des exceptions de procédure*, Parigi 1859, cap. II, sez. 1, n^i 21, 22 e seg.). Duolmi che la ristrettezza dello spazio m'impedisca di citarne le eloquenti parole.

Concludiamo che *ogni incompetenza per ragione di materia è assoluta;* che *assoluta è quella del tribunale civile a conoscere di affari destinati alla competenza commerciale;* che *il tribunale civile deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza.*

b) Trattandosi di azioni in petizione o divisione di eredità e giudizi sulla successione, il tribunale, che non è quello designato dalla legge, è forse incompetente ratione materiæ? Qualche decisione francese rispose per l'affermativa. Noi possiamo allegarne una molto puntuale in senso contrario (Cagliari, 26 novembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, q. 2). Quando per definire una nozione contesa non si ha che a indicare il luogo del Codice in cui è posta, quello è un Codice ben fatto. Noi troviamo che questa qualità di giudizi appartiene alla *competenza per territorio* (tit. II, cap. I,

sez. 2). Ciò basta, e diviene applicabile il secondo periodo del presente articolo.

c) *Se l'autorità giudiziaria percepisce chiaramente la propria incompetenza, quantunque per altra causa che per ragione di materia, è in facoltà di dichiararla malgrado il consenso delle parti a prorogarne la giurisdizione?* Fingo che in un'azione reale sia stato invocato il giudice del domicilio, e in genere che la causa sia recata a tal giudice che dovrebbe dichiararsi incompetente se fosse stata sollevata la eccezione d'incompetenza.

Nel punto di vista teorico il tema è assai grave. La giurisprudenza francese inclinò nel senso negativo: la dottrina tenne alla libertà del giudice, e parve esorbitante che nonostante la certezza della sua incompetenza iniziale fosse costretto a subire la legge dalle parti litiganti (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 721; PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 385; FAVARD DE LANGLADE, t. II, pag. 459; BOITARD, t. II, pag. 22, ecc.). Il Codice del 1859 non decise la forse imprevista questione (articolo 249): ma nel presente è risoluta. *L'incompetenza non può pronunciarsi d'ufficio.* È giusto: non ci sarebbe più differenza fra le cause della incompetenza. Ammessa la facoltà, potrebbe esercitarsi in ogni tempo; e quali sarebbero le conseguenze dopo lunghi, complicati, dispendiosi giudizi pressochè portati al termine! A consolazione dei teorici basterà il dire che in simili casi la incompetenza non è radicale; e che il volere delle parti (entro i debiti confini) è fonte legittima di competenza.

d) *La semplice domanda di comunicazione dei documenti è ostacolo alla eccezione declinatoria nello spirito dell'articolo?* La tradizione giuridica pose questa domanda fra le eccezioni (CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 748), e si pronunciò generalmente l'affermativa. Più chiara di ogni altra legge è la nostra: vuole la eccezione d'incompetenza preposta *ad ogni altra istanza.* Non rifiuto la massima, ma mi permetto un'osservazione. Se l'esame dei documenti fosse necessario a rilevare le condizioni che determinano la incompetenza? se dalle carte soltanto potesse raccogliersi in qual luogo veramente abbia sede od esercizio la società; o dove sia stata esercitata la tutela? Consiglierei opportune riserve; ad ogni modo una domanda fatta con questa intenzione non pregiudicherebbe, io credo, la eccezione d'incompetenza.

e) *La chiamata di un terzo in garantia, proposta nel termine stabilito dall'art.* 193, *toglie forse al garante intervenuto il diritto di eccepire la incompetenza* ratione personæ? Premetto che la questione interessa piuttosto la scienza che il foro, essendo per noi cosa decisa (*V.* articolo 195); ma giova non ignorare la questione che si agita ancora fra gli scrittori francesi. DÉMIAU e CARRÉ, specialmente in una ingegnosissima nota alla sua questione 719, credono poter dimostrare che, agendo in tale evenienza il convenuto *ex necessitate* della sua posizione, e non trattandosi, rimpetto alla procedura, che di completare a così dire il personale che deve starsi in giudizio, e non essendo questa una vera eccezione che si proponga contro l'azione, quindi ogni eccezione, non esclusa quella d'incompetenza, dovrebbe ritenersi impregiudicata. Ma dove fanno più forza e più battono quegli egregi scrittori è in questo, che forse il maggiore interesse di opporre la declinatoria è nel garante chiamato in causa, e che a lui puro competendo ogni diritto della difesa, anzi essendo egli il vero e principale interessato, sarebbe ingiusto e strano che il garantito, col semplice fatto, a lui necessario, di chiamarlo in giudizio, avesse potuto preoccupare tale sua eccezione, e precludergliene il diritto. Ma essendo materia opportuna a trattarsi intorno all'articolo 195, ivi daremo la soluzione.

Articolo 188.

Nei casi indicati nell'articolo 104 l'istanza per rimessione della causa all'autorità giudiziaria, che deve decidere a norma dello stesso articolo, può essere proposta in qualunque stato e grado della causa.

Annotazioni.

1. I *casi indicati* sono la contemporanea introduzione di due giudizi identici o connessi avanti due autorità giudiziarie ugualmente competenti, da decidersi col metodo della prevenzione.

Trattandosi di regolamento d'ordine e di ovviare il gravissimo inconveniente che due cause identiche o connesse siano variamente e forse contraddittoriamente giudicate, la legge attribuisce minore importanza al consenso delle parti, permette di revocarlo, onde ammette la eccezione declinatoria in *qualunque stato*

e grado della causa; e quindi anche nel giudizio d'appello.

2. La eccezione della liti-pendenza, che è quella di cui qui si tratta, *non nega*, come ognun vede, *la giurisdizione abituale*, *ma la giurisdizione in atto*, nel suo presente e concreto esercizio.

3. La eccezione di una parte può essere seguita da una domanda dell'altra onde l'autorità giudiziaria affermi la propria competenza, o in altre parole affermi il proprio diritto di giudicare quella causa, seguendo la norma dell'art. 104, che ne fa una questione di tempo; o piuttosto, se così vuole la verità, se ne spogli e la rimetta all'altra autorità giudiziaria che viene in contrasto (da non chiamarsi ancora propriamente *un conflitto*), salvo l'appello o il ricorso di ragione.

In tutto la disposizione di questo articolo è limitativa di quella enunciata nel secondo periodo dell'articolo a cui fa seguito.

4. **Precedenti storici.** — In Francia le dottrine sono varie ed opposte. MERLIN e DELAPORTE vedevano la giurisdizione prorogata col consenso. Altri (THOMINE, CARRÉ, BOITARD, BONCENNE) stanno per l'ordine, rigettano, malgrado ogni consenso, una incongrua pluralità di giudizi. Il CHAUVEAU ridurrebbe la questione giuridica a un apprezzamento di fatto; in sostanza, essendovi opposizione, lascierebbe fare al tribunale; sarebbe caso di prudenza: ma nel silenzio delle parti non potrebbe il rinvio pronunciarsi d'ufficio (In CARRÉ, quest. 732).

5. La conclusione è vera anche per noi. La nostra legge *non impone ai giudici la pronuncia d'ufficio.* Sarebbe di quelle decisioni che *non sono propriamente d'ordine pubblico; ma tengono all'ordine pubblico e contribuiscono a mantenerlo*, e non male si direbbero *d'ordine pubblico secondario*, che non è necessità che esista, ma è bene che esista; che non si può imporre, ma si può sempre invocare; vi si può rinunciare, ma alla rinuncia si esige una persistente e costante volontà.

6. La domanda *di unione*, quando cause connesse sono portate separatamente avanti lo stesso tribunale, o avanti sezioni diverse della stessa Corte, è favorita da questa legge che per giusto argomento di analogia può essere invocata. Potrà quindi prodursi sempre la domanda di unione; ben inteso che la facoltà di accoglierla è pienissima nel tribunale e incensurabile, dipendendo da un apprezzamento di fatti e di circostanze. *Dovrà pure essere rigorosamente osservata la legge della prevenzione, trattandosi di due distinte sezioni del tribunale* o *della Corte?* Sono realmente due tribunali distinti, e ritengo che quella norma debba osservarsi.

Articolo 189.

Le quistioni di incompetenza e declinatoria del foro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti.

Annotazioni.

Temo che la redazione di questo articolo abbia a dirsi poco considerata; che sia peccante almeno di soverchia generalità. Cosa mai farà la benevola interposizione del presidente e l'*accordo delle parti* (*V.* articolo 181) in una questione d'incompetenza *per ragione di materia* o *di valore?* Quanto alla seconda parte dell'articolo 181 può forse concedersi all'autorità del presidente di rimettere le parti all'udienza fissa, *anche per la decisione del merito?* La trattazione di un tale incidente, nel quale si decide della giurisdizione, non può mai esser confusa colla trattazione del merito. E come si assegna a siffatte *questioni di incompetenza e declinatoria del fóro*, così generalmente annunciate, il rito degli articoli 181 e 182, *se l'autorità giudiziaria deve pronunciarla anche d'ufficio?*

È forse mai che vi sia dell'urgenza in una questione d'incompetenza, onde il presidente, affrettati i termini, abbia a risolverla secondo l'articolo 182? Più ancora: decidere una questione d'incompetenza non è forse un farsi giudice dell'intero collegio, delle sue attribuzioni e della esistenza della sua giurisdizione? Può essere lecito al presidente? È nella sfera, nella portata delle ordinarie sue facoltà, e congruo ai suoi naturali poteri? Che sarà quando si rammenti che il presidente può delegare *a priori* un membro del collegio, un semplice giudice (articolo 186), che per conseguenza si eleverebbe sopra il collegio, pronunciando ch'esso è incapace di giudicare e privo di giurisdizione? Come farebbe esecutoria la propria ordinanza, malgrado il reclamo? Onde neppure l'articolo 182 può ricevere in simili casi esecuzione.

E quanto alla eccezione *d'incompetenza rela-*

tiva, non siamo pressochè negli stessi termini? Ammetto che da questo lato gli inconvenienti sono minori; ma dove ne andrebbe la facoltà di discutere coll'incidente il merito, se *ogni istanza, ogni difesa di merito* è incompatibile colla eccezione d'incompetenza (relativa) perchè di fatti è l'accettazione della competenza? e la parte reclamante dovrebbe pure assumere in lungo e in largo la esposizione del merito in una *comparsa* precedente all'udienza, se non vuole abbandonare il campo all'avversario!

Chi ha la pazienza di seguirmi in questo corso esegetico, rammenta che io lodai nella nuova sistemazione degli incidenti meglio la intenzione che il fatto.

§ 2.

Delle eccezioni di nullità.

Articolo 190.

Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato, senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione, salvo il disposto del capoverso dell'articolo 145.

Il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — *Legislazione comparata.* Per l'articolo 173 del Codice di procedura civile francese è stabilito che le nullità sì della citazione, che degli atti di procedura, si reputano sanate, se non sono opposte prima di qualunque difesa di merito, e di ogni altra eccezione che non sia quella d'incompetenza. L'articolo 256 del Codice sardo del 1854 ripeteva testualmente la disposizione dell'articolo 173 del Codice francese. Le variazioni, e starei per dire le difficoltà, cominciano dal Codice di procedura del 1859 (articolo 253): « *Le nullità degli atti di citazione si reputano sanate colla comparizione del citato;* ma per alcuni effetti, e non per altri. Sono sanate le nullità *unicamente per quanto riguarda il procedimento giudiziario e la decorrenza dei termini relativi alla istruttoria della causa* ». L'attore non è perciò quietato su tutte le conseguenze del suo atto vizioso. Riflettendo che le *nullità* o *irregolarità dell'atto* potevano anche partorire eccezioni utili al convenuto nel merito, la legge preservava nominatamente siffatte conseguenze. I nostri legislatori sono tornati con un proposito, che io crederei non diverso o almeno non molto diverso, sopra questa disposizione che tanto ha d'intrinseca importanza quanto pena ad esprimersi chiaramente.

2. Così vediamo successivamente, e direi progressivamente, perder valore la ragione della forma; il concetto della sostanza e della verità prevalere; ed emergere il principio che il criterio della validità di un atto giudiziale è fondato nella sua relazione sufficiente col fine che il legislatore si propone; onde, a fine ottenuto, sarebbe ingiustificato il rigore che colpisse tuttavia l'atto d'incapacità e d'inesistenza. La citazione è il mezzo di chiamare una persona in giudizio; come mai potrà asserire che non fu citato colui che produce la citazione, e per virtù di quella si presenta? Questo discorso è semplice e vero; comparire per sostenere che la citazione sino a lui non pervenne, o che le indicazioni del suo nome, de' suoi titoli, del suo domicilio erano tanto incerti che a lui non avrebbero potuto appropriarsi, è un triste cavillo quando il fatto della sua presentazione smentisce tutto questo. Noi ne siamo convinti. Non molti anni addietro non si pensava così; e generalmente le procedure italiane, recentemente abolite, tenevano al sistema francese. La comparizione consideravasi non atto di adesione e di accettazione, ma quale atto necessario alla difesa. « Comment serait-il possible de préalablement « coter ou proposer une nullité, *si l'on n'a pas « commencé par comparaître?* », osservava il Boncenne; ed era il punto di vista dello stesso legislatore.

Per noi è un'altra cosa: la comparizione pura e semplice è l'approvazione e acquiescenza completa, la medicina di ogni nullità

della citazione. Raccogliendo le opinioni fra le tante che per così dire inondano questo punto di diritto giudiziario, si può far ragione che gli stessi scrittori francesi ritengono sanati i vizi della citazione che cadono in quelle parti dell'atto che riguardano la persona del convenuto, il quale comparendo s'identifica *et habet se pro vocato*. Noi moderni di fatti non comprendiamo più cosa ci fosse di sostanzialmente inviolabile in un atto di procedura da non potersi legittimare dalla volontà di quello a cui favore la nullità sarebbe indotta. Ma vi sono ben altre nullità, tali riguardano la persona e qualità dell'attore, altre l'oggetto della lite, la enunciazione dei mezzi ai quali si appoggia l'azione. Sembra che vizi di quella maniera interessino la sostanza del giudizio. Lascio parlare il BONCENNE, che meglio di me è in grado di esprimere il mio stesso pensiere. Dopo aver detto che comparire per difendersi *è necessità*, aggiunge: « Il faut distinguer et ne pas rattacher à la question générale toutes les espèces « de défectnosités qui peuvent vicier un ajournement. — Sans peine on comprendra qu'il « n'y a rien de contraire à l'ordre naturel des « idées, quand je viens à l'audience demander « la nullité d'un ajournement *qui ne contient « ni l'objet de la demande, ni l'exposé sommaire des moyens*; car ce n'est pas là seulement le mépris d'une forme servant à constater le fait de l'assignation, *c'est la suppression du droit de défense et de ses garanties les plus sacrées; c'est m'appeler au tribunal et requérir que j'y sois condamné, « sans que je sache à quoi, pourquoi, et sur « quoi*. L'ajournement est bien parvenu à sa « cause finale, *quant à ma comparition*, mais « non en ce qui touche la préparation et la « sanveté de ma défense. *Lorsque j'apporte « une plainte contre une tentative de guet-apens, « il serait trop absurde de supposer que je « l'approuve* ». Osservazioni non dissimili si trovano nelle Lezioni di procedura del BOITARD (part. I, lib. 2 tit. 9, *des exception*).

La verità di codeste proposizioni è splendente: contuttociò è impossibile introdurre una distinzione contro quella formula tanto generale, *le nullità della citazione sono sanate*. Ho voluto investigare la mente del legislatore nella Relazione del PISANELLI: eccola espressa nel suo lucido stile, fattasi da lui medesimo l'obbiezione: « Però scopo della citazione non « è soltanto d'intimare al convenuto che si presenti in giudizio: *essa ha inoltre quello di far« gli conoscere l'oggetto della domanda, affinchè « possa preparare le sue difese*. Quando nell'atto « di citazione si fossero commesse tali irregolarità da rendere incerto il convenuto sull'oggetto della domanda, *nacque il dubbio se, « comparendo, potesse preliminarmente opporre la nullità della citazione* per essere « assolto dalla osservanza del giudizio. *Prevalse l'opinione negativa*. Il convenuto potrà « chiedere gli schiarimenti necessarii a precisare l'oggetto della domanda, protestando « di non esser tenuto a difendersi nel merito, « finchè l'oggetto stesso non sia meglio indicato. Mentre viene per tal modo raggiunto « lo scopo della citazione, si evitano le spese « e i ritardi inevitabili quando fosse necessaria « una nuova citazione ». Con tutta la riverenza che io professo per quel chiaro lume della scienza, mi permetto di osservare che se la trascurata menzione dell'*oggetto e dei motivi di fatto e di diritto* non fa che legittimare dal lato del convenuto il rifiuto di difendersi in merito sino a schiarimenti ottenuti, era perfettamente inutile farne capo di nullità nell'articolo 145, e non sa vedersi perchè in miglior condizione abbia a trovarsi il contumace, e perchè soltanto in suo favore sia da pronunciarsi la nullità, mentre trattasi di tale difetto che non ha potuto influire nè sulla notificazione dell'atto, nè sulla contumacia di lui.

Tali cose premesse, è forza dunque fermare questo importante corollario: *che la nullità della citazione, per qualsiasi vizio di forma, non può mai allegarsi da chi comparisce; ed è riservato soltanto a colui che fu condannato in contumacia nel giudizio di opposizione o d'appello*.

3. Che s'intende con quelle parole *senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione?* Se non m'inganno, questa espressione è sostituita all'altra del precedente Codice: « Rimarranno conseguentemente salve « tutte le eccezioni di nullità o di irregolarità « della citazione nel solo caso *e per quanto « possano avere influenza sulla decisione nel « merito della causa* ». Quantunque la dizione ora prescelta non vi corrisponda in alcun modo, stimo racchiudere un concetto identico o poco diverso. La legge non può parlare in questo luogo di *diritti quesiti in genere*, ma di tali diritti che uno acquista per esser la citazione irregolare e nulla; ovvero di tali diritti che essendo *aliunde* acquistati, non vengono punto offesi dall'atto di citazione in causa del vizio di cui è infetto. Teniamoci strettamente a questi due ordini d'idee. Esempio del primo *è la decadenza* dall'esercizio di un qualunque diritto o civile o giudiziale, che il vizio dell'atto di citazione abbia prodotto in favore del convenuto. Esempio del secondo può esser

quello dell'articolo 2128 del Codice civile. Non intendo escludere altri *diritti possibili quesiti prima della comparizione*, nè sostengo che la mia spiegazione sia la più chiara del mondo, dico solo che è chiara almeno quanto l'articolo. Parmi di vedere che il vizio radicale, se c'è, secondo le previsioni dell'articolo 145, non lascia d'influire sulle condizioni di diritto che vengono in contesa; l'atto però *materialmente* sussiste quanto alla procedura e ai suoi effetti, nel manifesto intendimento di non rinnovare giudizi e moltiplicare inutili dispendii.

4. È salvo *il disposto del capoverso dell'articolo* 145. Questa riserva è limitazione del concetto precedente. Sono costretto a spendere parole più che non vorrei per chiarire codesti punti oscuri.

L'articolo 190 contiene, a mio vedere, tre diversi concetti: Il 1° stabilisce che *colla comparizione tutte le nullità della citazione sono sanate;* il 2° dichiara che quantunque la forma materiale e la esistenza della citazione sia divenuta inattaccabile, quei vizi dell'atto che *influiscono nel merito*, come prima si diceva, e per effetto di altre disposizioni legislative, pongono il convenuto in una situazione vantaggiosa di diritto, quei vizi sono ancora considerati e avuti in conto, benchè non portino la nullità materiale dell'atto; il 3° è ristretto al vizio di notificazione, sta in favore dell'attore, limita i vantaggi che il convenuto può ricavare dai vizi della citazione (*V.* il suddetto capoverso), quando si presti a rinnovarla in un termine da stabilirsi *dalla sentenza che pronuncia la nullità.* La quale disposizione molto nitida e semplice nell'articolo 145 pone l'animo in dubbiezza quando si trova ripetuta nell'articolo 190, essendo difficile a comprendere come il vizio che cade sulla notificazione non sia pienamente assorbito e cancellato dalla comparizione del convenuto, e come sia possibile *il rinnovarsi della citazione* in un nuovo termine, il che parte dal fatto di una pronuncia di nullità. Si ha dunque ragione di temere che questa clausola non sia che un pleonasmo.

5. *Come e quando si effettua la comparizione del citato?* Quantunque il presente paragrafo e l'articolo che esaminiamo facciano parte *del procedimento formale*, non può dubitarsi della generalità della disposizione, e della sua attitudine di applicarsi a qualunque giudizio. *Comparizione* nei giudizi pretoriali è il presentarsi in persona; ma *apud acta se exhibet*, nei giudizi ordinarii, chi comparisce per procuratore: *la costituzione del procuratore è la comparizione del citato.*

6. Il contumace *può impugnare per nullità la citazione nel giudizio di opposizione o d'appello*, perchè la legge finge ch'esso comparisca in virtù della stessa sentenza contumaciale che, regolarmente notificatagli, lo illumina sulla sua posizione; ond'egli, riscosso, sorge alla difesa. Venuto in giudizio, vede in cancelleria la citazione da lui perfettamente ignorata (ciò si suppone), e scoperto il vizio o i vizi, l'attacca di nullità nell'atto stesso di opposizione, o nella prima comparsa d'appello. *In questo caso la citazione non ha ottenuto il suo effetto;* non è più difesa dal fatto compiuto, deve cadere, ed è allora che si scagliano sopra di essa tutti i fulmini dell'art. 145.

7. La eccezione *declinatoria del fôro*, secondo le ultime parole dell'art. 190, *dovrà precedere la eccezione di nullità dell'atto di citazione.* Il precetto è in armonia col capoverso dell'art. 187. La legge presume certamente che il contumace sia in grado di ciò fare. Supponiamo che la citazione sia nulla, perchè mancante *dell'oggetto e dei motivi di fatto e di diritto;* onde, non sapendo perchè sia citato, non sa neppure se il tribunale sia competente o no. È forse questo un caso impreveduto, fuori della legge? Non parmi. Il testo è semplice e chiaro: fare istanza per la nullità della citazione (per qualunque motivo si reputi nulla) equivale al rinunciare alla declinatoria del fôro; ripugnando che domani si respinga una giurisdizione che oggi si è invocata ed accettata.

La eccezione declinatoria è dunque pregiudiziale in ogni caso. Ma reietta, *potrà il contumace assumere la domanda di nullità della citazione?* Lo potrà certamente, non essendo la eccezione declinatoria considerata come ostativa, e la sua priorità è inevitabile. Può vedersi il secondo capoverso dell'art. 253 del Codice del 1859, che, secondo me, è espresso con maggiore chiarezza (*).

Articolo 191.

Le nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione sono sanate, se non siano proposte specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare.

(*) Altre osservazioni che si connettono alle presenti riserbiamo al titolo *Della contumacia.*

Annotazioni.

1. *Non vi è nullità sostanziale degli atti di procedura:* libero alle parti di abbandonarla e proceder oltre. La sanzione di nullità deve garantire qualche cosa *nell'interesse delle parti:* quando non ha più quest'oggetto perchè le parti, non approfittandone, mostrano di non avere interesse, chi dovrà ridestarle? Ma la legge fa di più; pretende la proposizione *specifica* della nullità alla prima comparsa. *La domanda di annullamento dev'essere formale e precisa.* E se niun'altra comparsa scritta avrà luogo, la nullità *dovrà proporsi preliminarmente all'udienza.* Non monta che l'avvocato anzichè il procuratore venga perorando la causa: osservazione che ho creduto di fare perchè uomini, nella pratica maestri, tennero che l'arringa dell'avvocato non faccia danno (MERLIN, v° *Saisie immobilière*, § 2, art. 2, n° 11; FAVARD DE LANGLADE, ed altri): massima da noi pure osservata altrove, ma in caso diverso, dove cioè la legge non pronuncia letteralmente la decadenza. Nella ipotesi ivi supposta (ANNOTAZIONI all'articolo 176) la eccezione di nullità era già stata dedotta, e si trattava di sapere se, avendo l'avvocato omesso di parlarne nella sua discussione, fosse da credersi abbandonata. Qui invece si tratterebbe che la eccezione di nullità non sarebbe proposta, ma invece sarebbe stata preoccupata dalla esposizione di altri mezzi, e divenuta improponibile.

2. Che siano *atti di procedura*, o in qual senso almeno vengano nel presente articolo, è facile comprendere. Sono gli atti e i fatti delle parti onde si svolge la tela processuale dalla citazione introduttiva alla sentenza finale. I decreti, le ordinanze, le decisioni, i fatti insomma del giudice, *non si considerano atti di procedura per l'effetto di questa legge:* altre disposizioni sono da applicarsi, le quali insegnano per quali vie possano impugnarsi, e come si decade da tale diritto.

Articolo 192.

Per la dichiarazione di nullità degli atti le parti si provvedono nel modo stabilito per gli incidenti.

Quando la parte, che avrebbe diritto di opporre la nullità, sia contumace, la nullità deve essere pronunziata d'uffizio.

Annotazioni.

Il giudice della contumacia pronuncierà *d'ufficio* la nullità della citazione. Pare che questa disposizione renda inutile quella del capoverso dell'art. 190, eccetto che il vizio non sia sfuggito alla perspicacia del giudice che avrebbe dovuto pronunciare d'ufficio la nullità.

SEZIONE III.

Della garantia e dell' intervento.

§ 1.

Della garantia.

Articolo 193.

Chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine stabilito per rispondere.

Nel caso di più convenuti in garantia si osserva la disposizione dell'articolo 151.

Articolo 194.

Quando la domanda in garantia dia luogo ad altre domande della stessa natura, queste sono proposte nel termine indicato nell'articolo precedente.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Il termine a rispondere è *quello assegnato nella citazione*. Per l'art. 151, più essendo i citandi, a ciascun convenuto si assegna quello che rispettivamente gli compete. Chi adunque vuol chiamare un terzo in garantia, non ha che a consultare il termine a lui proprio.

2. Benchè la legge supponga di preferenza nel convenuto l'esercizio di questo diritto (che di fatti avviene più di frequente), anche l'attore potrebbe trovarsi in pari contingenza e in simile bisogno. *B*, cessionario, cita *M*, debitore ceduto; costui si oppone, contesta il debito. È forza che *B* chiami in causa il suo cedente *O*. Come si applicherà la legge? Dovrà chiamarlo il più presto possibile: *e senza dubbio nel termine che la legge gli concede per replicare al convenuto*. Quella chiamata sarà la sua risposta. Così detta la regola d'analogia, non senza avvertire che la celerità, di cui qui la legge è sollecita, è nell'interesse principalmente dell'attore onde il sistema difensivo del convenuto non porti incongruo ritardo all'esercizio della sua azione. Si è detto *principalmente;* mentre è pure nelle viste della legge che l'azione e le eccezioni si svolgano, per quanto è possibile, in simultaneo processo; il che tanto conferisce alla maturità dei giudizi.

3. Da una domanda in garantia può svilupparsi il bisogno di un'altra, e così di seguito. Supponiamo più venditori successivi del medesimo fondo che dai compratori immediati vengono di mano in mano investiti a prestare la garantia formale. Dice l'art. 194 *che le domande sono proposte nel termine indicato all'articolo precedente*. Intendi *sano modo;* vale dire nel termine che ad ognuno viene assegnato nelle rispettive citazioni.

Articolo 195.

Quando sia proposta la declinatoria del foro, il termine per chiamare in garantia non decorre finchè non sia risoluta la quistione di competenza.

Annotazioni.

1. Vediamo qui di nuovo spiccato e trionfante il teorema della competenza. Se la negazione di essa, cioè la incompetenza, dipende dalla volontà delle parti, se la incompetenza non è assoluta per ragione di materia o valore, riconosciuta in qualsiasi modo la giurisdizione, non può più rifiutarsi. Ed a riconoscerla, basta il solo atto di chiamare un terzo in garantia; e siccome potrebbe ragionevolmente obbiettarsi che intanto mancherebbe il termine per farlo, la legge provvede, dichiarando *che il termine non decorre finchè non sia risoluta la questione di competenza*. Un'altra ragione ne diede il ministro Pisanelli: *è prematura la chiamata del garante a intervenire quando il convenuto chiede l'assolutoria dalla osservanza del giudizio*.

2. Ora, ripigliando la questione toccata nell'ultima ANNOTAZIONE all'art. 187, a quale domanda appartenga la priorità, non è lecito fra noi disputare; e solo può meritare attenzione l'argomento accennato in quella nota *che concerne i diritti del garante*. Accade talvolta in realtà che il garantito ha meno interesse di sbrigarsi dal giudizio con un'assolutoria che non lo esime da una nuova persecuzione giudiziale, che di vedersela prontamente col suo garante da cui aspetta una liberazione o una soddisfazione definitiva. Ed è anche vero ciò che i propugnatori di quella opinione sostengono, che il vero, forse l'unico, interessato è il garante; che non si saprebbe intendere come per un fatto non suo dovesse rimanere pregiudicato, e perchè a lui stesso non sia concesso il diritto di opporre la declinatoria del fòro. La questione in vero si veste di alcuni nuovi elementi che la legge, parlando semplicemente del fatto del convenuto, non poteva avere in considerazione. Nondimeno è forse possibile trovare una soluzione nuova, una soluzione non conforme ai combinati disposti degli articoli 187 e 195, cospiranti nel prescrivere l'assoluta, l'indeclinabile *priorità della eccezione d'incompetenza;* e ciò per lo riguardo che dovrebbe meritare la posizione del terzo chiamato in causa? Ma la logica della legge è inesorabile, non essendo il sistema adottato che la professione di un principio. Ciò che decide logicamente la questione si è questo, che il terzo chiamato in causa si presenta a giurisdizione riconosciuta e raffermata (ove non si tratti d'incompetenza per ragione di materia o valore, il che è sempre sottinteso nella presente trattazione): ed egli, il garante, per quello che diremo in seguito, è costretto a seguire una giurisdizione che non è sempre la

sua giurisdizione naturale ch'egli non può per conseguenza reclamare. Non stanno adunque le ragioni, d'altra parte ingegnose, che intenderebbero rivendicare al garante la libertà di eccepire la declinatoria del fôro.

2. Nel precedente sistema, come pressochè in tutti i Codici di procedura, erano prese in considerazione le *eccezioni dilatorie*, nominatamente primeggiando quella di deliberare sulla eredità e di fare l'inventario. Onde il termine a simili operazioni ordinato dalla legge civile, insinuandosi nel corso del procedimento, lo teneva sospeso con ritardi, dannevoli alla giustizia. Con piacere abbiamo veduto sparire le eccezioni declinatorie. Con ciò la legge del processo è stata posta in armonia colla legge del Codice civile, che con una disposizione nuova e bellissima ha stanziato che l'erede deliberante può, in pendenza del suo esame, essere chiamato in giudizio *in qualità di curatore di diritto della eredità per rappresentarla* e *rispondere alle istanze contro le medesime proposte* (art. 964). Trovo la medesima soluzione in CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 774 bis; tanto più adunque la ritengo fondata.

3. Così siamo entrati nell'esame di quella parte importante del presente instituto, *che è la competenza del fôro*. Proseguendo, saremo brevi, come ci è imposto. Del sistema prescelto a questa materia dal nuovo Codice diremo in generale che si è avuto assai cura di semplificare, di ridurre, di sciogliere in pochi dettati le numerose prescrizioni della legge del 1859. In quell'articolo 259 era espressa la nozione della competenza, *i chiamati in garantia sono soggetti al tribunale dinanzi cui pende la causa principale*. Nulla di questo leggiamo ora ma s'intende: il garante deve venirsi a battere nello stesso fôro, avanti gli stessi giudici; la sua causa diventa subalterna, non è che incidentale (art. 199). Non isfugga però una omissione, che vale o può valere, secondo il punto di vista, una innovazione. Giusta l'indicato articolo 259 *il negare di essere obbligati a prestare la garantia* non bastava a declinare il fôro (quale sarebbe di fatti il merito della questione?), ma si accordava l'eccezione *nel caso in cui risultasse che la domanda principale fosse stata proposta al solo oggetto di distrarli* (i chiamati) *dal loro tribunale, al quale in quel caso i chiamati in garantia debbono esser rimessi.*

Questioni. — *a) È derogato a quella legge?* Vediamolo. La frode, sempre pessima e indegna ministra del diritto, deve respingersi, chi ne dubita? La competenza che trae il terzo nell'orbita dello stesso giudizio, è fondata nella virtù di un rapporto giuridico stretto fra garante e guarentito; se per caso è ordita una frode per privare il terzo della sua giurisdizione naturale, il rapporto giuridico può esistere ancora, ma vi è sovrapposto un elemento delittuoso che ne altera l'effetto. Tizio ha acquistato da Caio, che risiede a Ravenna, delle cose mobili, ma non le ha consegnate. Tizio dovrebbe a questo effetto citarlo avanti il tribunale di Ravenna, ma per una ragione qualunque ha in uggia quel tribunale, e gli piace di fare la causa avanti il proprio tribunale, che è quello di Ferrara. Finge di cedere gli stessi mobili a Sempronio, e si lascia citare a Ferrara; così citato, chiama avanti lo stesso tribunale Caio di Ravenna quale garante, onde gli consegni i mobili per rimetterli al supposto cessionario. Il rapporto *di diritto esiste in fatti fra Tizio* e *Caio;* ma la simulata cessione opera di maniera che il sistema ordinario della giurisdizione viene alterato in danno dello stesso Caio. È mo possibile che la nuova legge, togliendo di mezzo l'anteriore che colpiva un simile raggiro, abbia voluto permetterlo? No. *La legge non ha creduto di aver bisogno di esprimerlo:* ecco tutto. Come legge di procedura, avrà anche creduto di non doverlo fare. Provveggono i principii generali di diritto che la frode non abbia mai a partorire effetti giuridici. Forse la specificazione stessa portata dall'articolo 256 si è trovata più dannosa che utile, quasi escludesse ogni altra specie di frode, onde possono simularsi relazioni di diritti e giudizi in altrui nocumento. Insomma *l'abolizione dell'articolo non equivale all'abolizione del suo contenuto* e della sanzione legale contro i fatti immorali che emanano da un principio superiore, e senza bisogno di enumerarli, indistintamente li proscrive.

b) Può chiamarsi in garantia avanti un tribunale di commercio un individuo non commerciante, obbligato bensì come garante, ma non a titolo commerciale? Risponderò colla dottrina del CHAUVEAU: « *On ne peut pas traduire devant un tribunal de commerce* à raison soit du non paiement d'une lettre de « change, soit de la nullité d'un protêt, un individu non commerçant *qui n'a fait que garantir le paiement*, l'huissier ou le notaire « qui ont commis une nullité... La même solution serait applicable toutes les fois qu'on « voudrait porter une demande en garantie « devant un tribunal criminel ordinaire ou militaire, devant un tribunal de prud'hommes, « devant un conseil de préfecture, ou bien « devant un tribunal civil en chambre de conseil jugeant en dernier ressort ». La legge

sistemando il procedimento dell'intervento forzato o volontario, non si preoccupa di quei principii che vi pongono un limite necessario e inevitabile: questa importante avvertenza appartiene alla scienza del metodo, e previene molti equivoci e molti errori. Perchè mai il non commerciante che ha garantito un credito commerciale, ma senz'associarsi alla operazione commerciale, e per causa e scopo puramente civile, non può esser tradotto in garantia avanti il tribunale di commercio? Si dirà forse non esser quello il tribunale competente? Ma abbiamo già visto che uno degli effetti speciali, o, se volete dire, eccezionali del giudizio di garantia, è di poter trasportare il garante avanti la giurisdizione non sua, e distrarlo da' suoi giudici naturali. Il teorema è questo: *è derogato al principio della competenza personale, ma non della competenza reale*, onde sapientemente JOCCOTON: « Cette in« compétence (materiale) tient éminemment à « l'ordre public, puisqu'elle concerne la limite « des pouvoirs assignés à chaque juridiction; « elle est radicale, absolue, et doit l'emporter « sur toute autre considération. Ainsi il nous « semble impossible d'admettre, comme l'on « fait quelques arrêts, *qu'un tribunal d'excep« tion* (io non lo chiamo d'eccezione, ma eser« cente una giurisdizione sua propria e sostan« ziale), *tel que la juridiction consulaire ait « droit de statuer sur une demande en garantie « formée contre un citoyen qui n'est pas négo« tiant, et qui n'a pas fait acte de commerce* » (*Des exceptions de procédure*, n° 273).

c) *Se la domanda in garantia possa portarsi per la prima volta avanti la Corte d'appello.* No. Questa è la risposta del THOMINE, tom. I, p. 337; del PIGEAU, *Comment.*, t. I, p. 405; di CARRÉ, quest. 773; del MERLIN; di LEPAGE, in breve, del maggior numero degli scrittori francesi, conforme alla giurisprudenza più ricevuta in Francia. È una proposizione che passa per *assolutamente incontestabile* (*V.* nota 1 alla citata quest. 773 del CARRÉ). Si va più avanti: sino a decidere che la Corte d'appello può *d'ufficio* rigettare la domanda (Cassazione francese, 11 febbraio 1819; *Journal Av.*, t. XVIII, pag. 929), nel che per altro il CHAUVEAU non conviene. Poche volte ho veduto decisa presso noi la questione; ma in generale si sente colla giurisprudenza francese. La Corte di Casale, nel 14 febbraio 1851 (BETTINI, t. II, pag. 166), dichiarò espressamente che la chiamata in garantia non è accettabile in appello. Altra decisione in questo senso fu quella della Corte di Genova, 12 marzo 1856 (BETTINI, 1856, t. II, pag. 342).

La ragione principalissima si è che *non si può privare veruno del diritto di godere di due gradi di giurisdizione;* che la domanda di rilievo o garantia è nuova; che domanda nuova non può ammettersi in appello.

Vi è della temerità, disse JOCCOTON, « à com« battre de front un point de doctrine qui pa« raît aussi solidement établi ». Ricorda per altro, ed io pure credo non inutile farne qui nota, che, sotto lo impero della ordinanza del 1667, non più esplicita degli articoli 59 e 181 del Codice di procedura civile francese che ne discesero, i più stimati interpreti e gli stessi Parlamenti avevano adottata la massima potersi portare l'azione di garantia in appello, *omisso medio*. L'autore adduce alcune ragioni al n° 292, che non sono senza valore. Ma il PESCATORE, che ha trattato di recente questa materia, ha fatto, in senso contrario alla opinione più comune, un riflesso nuovo e decisivo. Richiamando l'art. 1647 del Codice albertino, identico al 1640 del Codice civile franc., dice non saper intendere come abbia potuto stabilirsi che la domanda in garantia non possa presentarsi in grado d'appello (*Esposizione della procedura civile*, t. I, pag. 239).

Io aggiungerò, trascrivendolo, l'art. 1497 del nuovo Codice civile: « La garantia per causa « di evizione cessa quando il compratore si è « lasciato condannare *con una sentenza pas« sata in giudicato, senza chiamare in giudizio « il venditore, se questi prova che vi erano suf« ficienti motivi per far respingere la doman« da* » (*). Secondo il diritto romano, cessava la garantia se il compratore non avesse denunciata in tempo opportuno la lite che gli era stata mossa contro (Leg. 53 § 1 Dig. l. 8, 20 Cod. de evict.). La denuncia poteva farsi in *qualunque tempo, ut de ea re agenda adsit, quia non præfinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* (Leg. 29 § ult. Dig. de evict.; Leg. 1 § ult. Dig. ad SC. Turpill.). Gli interpreti e la pratica dichiaravano: « *Sed etsi in « prima lite denunciatio omissa sit, ac emptor « succumbens appellaverit, etiam tunc auctori « recte, ut saltem in appellationis lite assistat, « denunciatur; cum ita defensio etiam num in« tegra sit*, quia, ut Marcianus ait, *provoca« tionis remedio extinguitur sententiæ pronun« ciatio* ». VOET, ad tit. de evict., n° 23.

(*) Variante nell'articolo 1647 del Codice albertino: — quando il compratore si è lasciato condannare *con una sentenza pronunciata in ultima istanza, o di cui non è ammessibile l'appellazione* senza chiamare, ecc.

Si può dimenticare questa splendida tradizione, ma bisognerà tener conto delle ragioni in tema che appartiene alla normalità del diritto. Se la difesa del garante è possibile in grado d'appello, se giunge tuttavia opportuna, se specialmente in questo concetto rientra la stessa legge civile, che altrimenti non avrebbe senso, sarà dunque mestieri modificare la troppo assoluta teoria, che in Francia è radicata, o nei nostri tribunali serpeggia ed ha proseliti. Guardiamo bene che *la legge in questa sezione*, come pure nelle seguenti (salve le opportune restrizioni) *detta le sue norme non solo pei giudizi di prima istanza e pei tribunali civili, ma eziandio per le Corti d'appello* (*Epigrafe del capo*); che non potrebbe obbiettarsi che l'intervento di un terzo (coatto o no) sia essenzialmente *una domanda nuova*, *mentre in date posizioni giuridiche l'intervento del terzo è ammesso* (art. 491 e 205); *che domande nuove sono quelle che riguardano il decisorio della causa, ossia l'oggetto della questione:* tale non essere l'aggiunzione di altre parti, se ciò sia reso necessario o legittimato dalla natura degli interessi che vi concorrono; che lo scopo oggettivo della causa non muta in danno della parte contraria; che sotto il rispetto di domande nuove ciò è d'uopo avvertire; che per altro se il chiamato intervenga, *dovrà limitarsi alla difesa concordata nelle conclusioni di prima istanza*, e non proporre domande nuove.

E quanto all'obbietto tratto dal diritto delle due istanze, stimo non inutili le considerazioni seguenti, in quanto a ciò che si crede imprescindibile, *il doppio grado di giurisdizione*.

La domanda in garantia non è che una domanda accessoria, notò Joccoton: « Sa demande (del convenuto) en garantie n'est-elle « pas *une annexe*, *une dépendance de la de-« mande originaire?* » Solo le domande principali godono per un principio d'ordine pubblico e fondamentale, dei due gradi di giurisdizione. E se già non avessi passato il segno della sobrietà che mi è imposto, potrei, con esempi, provare che ci sono incidenti provocabili in appello, e per necessità si restringono ad un solo esperimento. Qui convien riflettere che il garantito si è sempre battuto nell'interesse dello stesso garante, e che identificandosi, se non le persone, almeno gl'interessi, sarà logico concludere che la difesa dello stesso garante ha potuto svolgersi per tutto il corso del processo per mezzo delle ragioni che ha dedotte o poteva dedurre il convenuto.

Se non che io ritengo (e questo finisca di raddolcire l'urto delle nostre divergenze) che il chiamato tardivamente in causa potrà opporsi con buone ragioni tratte dalla situazione stessa della causa: se, per esempio, il convenuto si fosse male difeso, se avesse scambiata la questione, mal poste le conclusioni, appunto perchè il preteso garante trovasi così pregiudicato nell'impossibilità di *cangiare le contestazioni e di fare domande nuove: et cum defensio adhuc non sit integra*. Non avrò vinta ogni opposizione, ma dimostrato che la questione è assai più seria di quello che si crede.

Articolo 196.

La domanda in garantia deve essere notificata anche all'attore nel termine stabilito per proporla.

Annotazioni.

Ciò è indispensabile, avendo l'attore diritto di opporsi.

Articolo 197.

La domanda in garantia non sospende il corso della causa principale, se non è proposta e notificata a norma degli articoli precedenti.

Annotazioni.

La domanda in garantia può dunque proporsi anche *fuori del primo termine*. Ma in tal caso è assai meno efficace: *non sospende la causa principale*. Procedendo divisa la causa di garantia e per proprio conto, potrà quella giudicarsi, e questa proseguirà come per sè sussistente e separata, certo con poco vantaggio del garantito, che, in caso di soccombenza, non potrà ottenere la contemporanea condanna del garante.

Prodotta la domanda nel primo termine, diviene forse necessaria la contemporanea risoluzione delle due cause? La risposta potreto averla dalla Relazione Pisanelli. « Quantunque

« la domanda in garantia venga proposta e notificata nel ridetto termine, se la medesima « non trovasi in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, « non potrà tuttavia ritardare le decisione di « questa. L'equità si oppone a che il convenuto, con una domanda in garantia fortemente contrastata e proposta forse di collusione coi terzi, possa ritardare l'esame e la « ricognizione del diritto dell'attore ».

Articolo 198.

Nei casi di garantia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa.

Quantunque messo fuori di causa, il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti, e l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino.

Annotazioni.

1. Il Codice di procedura civile del 1859 proponeva una nozione generale, che con ufficio scientifico si tolse a definire: « La garantia è « *formale* o *semplice*. La garantia formale si « presta assumendo intieramente la causa del « convenuto. La garantia semplice si presta « *aiutando la difesa del convenuto*: chi dà la « garantia semplice ha facoltà d'intervenire in « causa e di assumere o non la difesa del convenuto principale, senza pregiudizio però « delle obbligazioni che verso il medesimo gli « incombano. — La garantia formale si può « chiedere in materia reale e ipotecaria, e corrisponde all'obbligo dell'attore, pel caso di « evizione, verso chi abbia causa da lui. — La « garantia semplice si chiede negli altri casi, « e corrisponde all'obbligo d'indennizzare colui « che, citato dal creditore, non può esimersi « dal rimanere in giudizio come obbligato personalmente » (articolo 260).

La garantia *formale* si presta *in materia reale;* tende a mantenere l'avente causa da me nel diritto di avere o godere la cosa, il possesso o l'esercizio del diritto reale che gli ho ceduto con questa obbligazione o espressa o sottintesa. La garantia *semplice* è un rapporto fondato in una obbligazione meramente personale.

Il Codice attuale ha voluto esser meno dogmatico: ha lasciata la definizione alla scienza. Dovendo però coordinare la posizione giudiziaria alla qualità del diritto, senza occuparsi nominatamente della garantia semplice (*), la legge viene accuratamente determinando il rapporto processuale delle parti in ordine alla reale.

Nella spesso citata Relazione di quel sommo giureconsulto che è il PISANELLI, le varie ipotesi che la legge doveva abbracciare sono considerate.

Le varie ipotesi sono: 1° *che il garante chiamato in causa o non comparisca*, o *comparendo non si presti ad assumere la difesa;* 2° *che il convenuto, avendo il terzo assunta la difesa, non abbia domandato di esser posto fuori di causa, com'è suo diritto;* 3° *che lo abbia domandato ed ottenuto*. La legge non contempla il primo caso. Ecco l'insegnamento del PISANELLI: « In *tale ipotesi* è palese che « la causa continuerà a dibattersi tra l'attore « e il convenuto originario, ma se questi rimane soccombente, egli otterrà nello stesso « giudizio la condanna del garante all'adempimento delle sue obbligazioni ». Noi già supponiamo che il terzo sia stato citato, e ne sia stata formalmente dichiarata la contumacia. Nella *seconda ipotesi* il convenuto può ben rimanere estraneo al giudizio, mentre la questione cadendo *super re*, è indifferente quanto alla soluzione oggettiva, la persona del convenuto; e formato il contratto giudiziale, tutto il peso della lite e delle sue conseguenze s'indossa al garante. All'incontro se trattasi di obbligazione personale, è manifesto che il convenuto non può sottrarsi al giudizio; il terzo che interviene *non fa che aiutarne la difesa*, come disse la legge del 1859: onde il convenuto in azione reale può intieramente appog-

(*) « Quanto agli effetti della domanda in garantia semplice non occorrevano disposizioni speciali ». — *Relazione Pisanelli.*

giare la sua difesa al garante. Se non che uscire della causa non è abbandonare all'arbitrio del garante la difesa, ma solo un rimanere estraneo alle conseguenze onerose della lite. La legge gli fa una posizione, che giustamente il PESCATORE chiamò *intermedia:* gli permette rimanere alla vedetta, per così dire, spettatore però non indifferente; ausiliario, è questo il suo vero carattere giudiziale, ausiliario dell'assuntore, e soccorritore del suo difetto, e sempre pronto a rompere i raggiri e le collusioni. Non senza interesse però, e col vantaggio di potere attivamente concludere, in caso di soccombenza, per il risarcimento dei danni contro lo stesso garante.

Ma il garantito, difeso dal garante, *può talvolta esser costretto a rimanere in causa ad istanza dell'attore.* E ciò può accadere per due motivi: o perchè l'attore abbia interesse di rivolgere a lui personalmente interrogazioni e interpellazioni sulla causa; o per fondare contro di lui certe istanze per sue proprie risponsabilità non divise dal terzo garante, per esempio restituzione di frutti, risarcimenti di danni (PIGEAU, *Commentaire*, t. I, pag. 171; CARRÉ, quest. 777), di che dirò qualche parola sull'articolo 200: « L'attore (così nella Relazione « PISANELLI) può a sua volta aver interesse a « che il convenuto resti in causa *per l'adempi-* « *mento delle obbligazioni che sono a lui per-* « *sonali.* Ove il convenuto, ad esempio, sia « un possessore di mala fede, l'attore ha il di- « ritto di chiedergli la restituzione dei frutti, « il risarcimento dei danni cagionati alla cosa « che forma l'oggetto della rivendicazione ».

Articolo 199.

Le quistioni relative alla domanda in garantia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti.

La domanda in garantia, se non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non può ritardare la decisione di questa.

Annotazioni.

1. Le *domande* di cui si parla nella prima o nella seconda parte dell'articolo, sono domande diverse: non bisogna confonderle. Le prime che si propongono e si giudicano alla forma degli incidenti sono quelle che riguardano l'ammissione o la esclusione della stessa istanza di garantia; le altre riguardano il merito di questo giudizio, che è *subalterno* nelle garantie semplici, ma nelle reali è *parallelo* o *sostituito* o *assorbente*, come si è veduto studiando l'articolo 198.

Pertanto proponendosi al presidente la chiamata del terzo nei modi prescritti dall'articolo 181, se l'attore conviene, non resta altra discussione a farsi; e il presidente *provvede per la esecuzione.*

2. **Questioni.** — *a) Forsechè il terzo stesso è invitato a comparire avanti il presidente per accordarsi?* Qui un forte dubbio si affaccia, che solo una ben ragionata pratica, coi lumi della giurisprudenza, potrà risolvere. La prima parte dell'articolo 199 sembra portarci alla forma semplice e spedita degli incidenti, e dovrà certamente avere il suo effetto, ma poco innanzi io avvertiva che questo articolo contiene due concetti distinti. Il primo dovrà accettarsi nei rapporti delle parti che sono in causa. Il convenuto *B* vuol chiamare in causa un terzo. Ne propone la domanda al presidente, invitando a comparire l'attore *A*, che può opporsi o può convenire. Se conviene, nasce decreto (ordinanza) che ammette la chiamata in causa del terzo, il quale sarà quindi citato nelle forme ordinarie ed *ex primo*, poichè forma, siccome è questa, stragiudiziale, istantanea e quasi famigliare, avanti un giudice del collegio, non sembra possibile a fronte di chi non è in causa, e che nel sacro diritto di difesa che niuno può togliergli, reclama di essere regolarmente citato e di godere quel termine che la legge assegna a tutti coloro contro i quali si elevano delle pretese giudiziarie. Questa è la propria e *vera domanda in garantia.* — *V.* ANNOTAZIONI all'articolo 201, questione *a.* — Non così l'*interveniente volontario.* Egli stesso accede al giudizio, vi s'intromette, vuol giovarsene: è in una posizione affatto opposta di colui che viene riluttante e costretto. A lui può estendersi o applicarsi, se vi par detto meglio, il disposto dell'art. 181.

b) L'articolo 199 si applica tanto alle garantie semplici che alle reali? Rispetto a queste ultime, assunta formalmente la difesa, la causa diventa unica; e quando l'attore non

Digitized by Google

abbia fatto opposizione *alla messa fuori di causa del garantito* (mi si permetta questa brutta frase); o la fece inutilmente, e il convenuto si trova in regola coll'articolo 193, generalmente parlando, la trattazione è inseparabile, eccettuate circostanze particolari; una delle quali è avvisata alla seguente lettera c.

c) *Se avviene caso in cui sia necessario sospendere la causa contro il garante, per esempio, per la morte di lui, cessazione d'ufficio del procuratore, ecc., non potrà l'attore insistere perchè sia giudicata la propria?* Egli ne ha tutto il diritto (FAVARD DE LANGLADE, t. II, pag. 407; CARRÉ, quest. 780).

Articolo 200.

Le sentenze proferite contro il garante nelle azioni reali sono esecutive anche contro il garantito, e a questo effetto sono notificate ad ambidue.

Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono essere fatti soltanto contro i garanti.

Annotazioni.

1. Le sentenze che pronunciano la condanna del garante sono sempre eseguite, almeno principalmente, contro il garantito. Perciò poniam mente a quello che non dice l'articolo e a quello che dice. Nulla dice rapporto alla *garantia semplice;* ma la natura del giudizio ci conduce a questo, che la esecuzione *è sempre e solamente contro il garantito*, personalmente obbligato verso l'attore, mentre il convenuto se dal canto suo ha ottenuto sentenza contro il garante, la farà a carico di lui eseguire. L'articolo si contenta di farci capire che amendue, e garante e garantito, *nelle azioni reali*, sono esposti alla esecuzione della sentenza, *e a questo effetto è, per cura dell'attore, notificata ad entrambi.* Come avviene questo? Se per finzione di diritto può concepirsi che il convenuto abbia respinto da sè il *possesso civile*, restituendolo in certo modo al garante affinchè lo difenda, il possesso materiale dura in lui, e in lui lo colpisce l'attore che ha vinta la causa. È dunque contro di esso eseguibile la sentenza per quanto riguarda la rivendicazione della cosa che detiene.

2. Per contro si è sempre ritenuto che *gli atti esecutivi per le spese, danni e interessi non dovessero colpire che il garante.* Ciò era letteralmente statuito nel 2° capoverso dell'articolo 262 del Codice del 1859, derivazione dell'articolo 185 del Codice di procedura civile francese. La ragione che danno gli autori è questa, che il *titolo del possesso* e l'esito della lite facendo presumere nel garantito la buona fede, non si deve pretendere da lui che l'abbandono della cosa reclamata; laddove il garante, causa d'ogni male, risponderà dei danni, delle spese, insomma ogni risponsabilità personale sarà sua. Tal era la dottrina comune. Essa è pure preconizzata nella Relazione PISANELLI: « Non poteva esser dubbio che la « sentenza dovesse notificarsi al garantito, « *poichè trovandosi egli nel possesso della cosa* « *rivendicata*, o sulla quale competo all'attore « il diritto riconosciuto dalla sentenza, è pa- « lese che l'esecuzione effettiva di questa deve « aver luogo contro il medesimo. Però importa « altresì che la detta sentenza sia notificata « al garante, onde possa apprezzarne le giu- « ridiche conseguenze e provvedere al proprio « interesse nei rapporti tanto dell'attore che « del garantito. — Riguardo poi alle spese giu- « diziali e ai danni, *gli atti esecutivi non pos-* « *sono esser promossi che contro il garante*, « imperocchè il garante non deve andar sog- « getto nè alle spese di un giudizio che non « ha sostenuto, o che non era obbligato a so- « stenere, nè al risarcimento dei danni a lui « non imputabili ».

Fu preveduto il caso della *insolvibilità del garante.* I Codici avevano detta la loro parola. *Solamente nel caso d'insolvibilità*, diceva l'articolo 263, ultimo capoverso del Codice del 1859, *di questi ultimi* (i garanti), *i garantiti saranno tenuti per le spese se non furono posti fuori di causa, e potranno anch'essere tenuti pei danni e interessi se il tribunale lo giudicherà di ragione.* La legge francese è identica (articolo 185 in fine). Quindi se, nonostante l'assunzione del garante, il garantito restò nel giudizio, nel caso d'insolvibilità del primo, era tenuto alle spese per quella specie di complicità che aveva ritenuta in una cattiva difesa. Rapporto ai *danni-interessi*, il punto di vista era alquanto diverso. La decisione era rimessa al prudente arbitrio del tribunale: ma il criterio giuridico dipendeva da una complicità più seria, si direbbe, più colpevole coi fatti del garante che non fosse un semplice concorso nella difesa. Le circostanze dovranno esser tali, scrisse il CARRÉ (nota all'articolo 185),

« qu'elles établissent des présomptions graves « de collusion et de fraude entre le garant et « le garanti pour depouiller le demandeur ».

Il nostro articolo, nel quale la soluzione di quei problemi dovrebbe trovarsi, non parve occuparsene se non in parte: e dettò la seguente formola: *Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono esser fatti soltanto contro i garanti.* Pertanto la facoltà che qui si racchiude non riguarda che il diritto alle spese e ai danni che potrebbe non competere all'attore; ma ammesso il diritto, la facoltà non si estende mai a percuotere il garantito anzichè il garante, unico e solo obbligato a sopportarli. *La limitazione per noi sopra esposta rimane dunque esclusa.* Onde pieno e compiuto sarebbe il concetto dell'articolo, mentre trattandosi di toglier di mezzo la eccezione, altre parole non si addomandano. Per noi la decisione è giusta. Per rispondere della *insolvibilità* di un debitore, bisognerebbe avere una obbligazione almeno sussidiaria. Ma tale obbligazione del garantito non avrebbe radice nè in ragione, nè in legge.

Per altro è ben necessario rammentare ciò che fu avvisato esponendo l'articolo 198. L'attore può domandare che il convenuto resti in causa *per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino.* E di simili obbligazioni abbiam dato esempio nel *debito personale dei frutti* che il garantito avesse raccolti in mala fede durante il suo possesso. A conciliare la disposizione dei due articoli 198 e 200, siamo condotti nella seguente distinzione. *Il solo garante* risponde *dei danni*, secondo l'ultimo articolo. Risponde altresì di quelli personalmente imputabili al garantito che abbia depauperato il fondo? O i danni previsti dall'articolo 200 non sono che quelli che derivano al rivendicante per il fatto generale della usurpazione che ha patito della cosa sua principalmente e originalmente imputabile al garante, e non già quelli che il possessore ha recati individualmente coll'abuso di cui si è fatto colpevolo? Così dev'essere, e la ragione intrinseca delle cose ce ne persuade.

3. **Questione** *sulle spese soccombendo l'attore nel giudizio di rivendicazione.* Qualche scrittore di cose di procedura ha voluto esaminare il caso inverso, dalla legge non avvertito specialmente, della soccombenza cioè dell'attore nella sua domanda di rivendicazione, ponendo il quesito *se le spese del giudizio di garantia, segnatamente ove l'attore non fosse solvibile, abbiano a rifondersi al garantito dal garante.* L'accenno perchè se ne volle fare una questione molto seria (BERTHELOT, *Traité des évictions;* CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 784 bis). Un sommo che io nomino per grande reverenza, BARTOLO (ad Leg. 1 de eviction.), partendo dal principio dell'obbligo che ha il venditore *litem in se suscipiendi*, disse che le spese causate dalla lite dovevano sempre su lui ricadere. L'art. 1486 del Cod. civ., parlando in genere della garantia che deve prestare il venditore, annovera *le spese fatte in conseguenza della denuncia della lite al suo autore, e quelle fatte dall'attore principale.* Ma l'ipotesi da cui discende è che sia verificata la evizione. Il CHAUVEAU ha dato una soluzione che prova soltanto l'imbarazzo in cui si trovò spinto dalle diverse opinioni. *Io penso che la obbligazione delle spese sia*, nella ipotesi, *tutta e solo dell'attore.* Sarebbe ingiusto condannare il convenuto principale verso il garante perchè non è riuscito nella sua domanda in garantia, dovendosi in lui riconoscere il diritto di chiamarlo in causa, benchè infondata la domanda dell'attore. Ma sarebbe a mio parere altrettanto ingiusto condannare il garante che all'esito della lite si è trovato non avere mancato a verun obbligo della sua posizione giuridica. Questa, parmi, la pratica invalsa, e la conclusione che può meglio accordarsi col sistema stesso del Codice civile.

Digitized by Google

§ 2.

Dell'intervento in causa.

OSSERVAZIONI GENERALI

L'intervento regolato nel presente paragrafo è di due maniere: *volontario, coatto.* La seconda maniera si suddivide; in quanto l'intervento sia *nell'interesse delle parti* (articolo 203), in quanto sia puramente *nell'interesse della verità e della giustizia* (articolo 205). Non è neppure fuori di proposito avvertire preliminarmente che questo istituto non ha più quella importanza che poteva avere nei passati Codici dopo il rimedio della *opposizione del terzo* nuovamente introdotto (articoli 516 e seg.).

Articolo 201.

Chiunque abbia interesse in una causa vertente tra altre persone può intervenirvi, finchè non sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, se trattisi di procedimento sommario, finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza.

Annotazioni.

1. Il concetto di *terzo* esclude un *rapporto materiale*, e inchiude un *rapporto morale.* In qual modo? Esclude la comprensione di lui in un atto, in un contratto, in una lite, in una sentenza: è *terzo* appunto perchè non c'entra, perchè tutto quello è operato *inter alios*, e non gli può essere opposto. Ma però è con lui un *rapporto morale*, un nesso di ragione, che gli dà diritto d'entrarvi, senza che gli si possa rispondere, va pe' fatti tuoi. *Estraneità materiale*, ma *convergenza di ragioni giuridiche* verso l'affare che si tratta fra altre persone in una lite ove non fu chiamato, fanno sì che volendo starsene in disparte non sarà colpito, almeno direttamente, dalla decisione; e volendo intervenire, è in facoltà di farlo.

La legislazione canonica, cui tanto deve la civiltà del diritto giudiziario, nel capo II in fine ut lite pend. in 6° aveva proclamato: *si ad defensionem ipsius litis aliqui quorum interest, petierint se admitti, eos in illo statu in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos.* Al terzo era data eziandio facoltà d'intervenire in appello, provocando dalla sentenza come proferita in suo danno. Capo cum super 27 de sent. et re judicata. (Di ciò io scrissi più largamente nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, pag. 512 e seg.)

2. *Dell'interesse.* L'interesse è il fondamento delle azioni, *point d'intérêt, point d'action.* È lecito esaminare l'interesse in diversi aspetti. Si è proposta teoricamente la distinzione fra *interesse diretto* e *indiretto.* Non vi si deve attribuire soverchia importanza, altrimenti verrebbero a suscitarsi questioni inutili o pericolose. La legge si esprime saggiamente nel modo più generale, *chiunque abbia interesse.* Se per interesse indiretto s'intende quello indeterminato e comune che può avere ogni cittadino, o anche un individuo di un dato Comune, di una data corporazione, perchè la verità venga in luce, perchè la giustizia si faccia, non cale: è un interesse che nei giudizi non si considera. Se per *interesse indiretto* si avvisa quello che non è che condizionale, eventuale, remoto, è un interesse che basta nel senso della legge. Non escludo neppure l'interesse di Corpo, spiegando la proposizione accennata, se l'interveniente abbia una rappresentanza, un carattere nel quale l'interesse stesso del Corpo si riassume, altrimenti non converrei. Allndo alle questioni più volte fatte, se trattandosi di cause in cui nella persona di un membro di una corporazione si agita, come si crede, l'interesse generale della stessa corporazione, per esempio, della prerogativa di un notaio, di un diritto di causidici, sia fondato a intervenire un individuo del corpo, o la

sua rappresentanza. L'individuo no, la rappresentanza sì (quando ci sia una rappresentanza legalmente riconosciuta): *semprechè si discuta veramente di massime che sensibilmente influiscano nella estimazione, nella posizione sociale, nelle più vitali condizioni di esistenza di quel corpo.* Se, per esempio, ai notai si fossero date dalla legge certe attribuzioni per formare atti nell'interesse del commercio o della pubblica amministrazione, ed altri e diversi funzionarii o agenti vi pretendessero, impugnando e mettendo in lite l'atto fatto da un notaio. Simili questioni si presentarono in effetto o forti obbiezioni si sollevarono, stando nel campo dell'opinione contraria non poche decisioni delle Corti di Francia (*Journal Av.*, t. XLIV, pag. 80 o 88; t. XLV, pag. 110, 114, 115, ed altre riferite dal DEVILLENEUVE), mentre altre si hanno in favore (*Journal Avoués*, t. XLVII, pag. 659; t. XLIV, pag. 87; t. LIV, pag. 67), e così sentono VATIMESNIL e CARRÉ. Io aderisco a questa seconda opinione.

È stato deciso che l'*interesse d'onore* non misto d'interesse pecuniario attuale, a parte che una risponsabilità materiale potrebb'esserne la conseguenza, si è deciso, io diceva, semplicemente che un interesse d'onore, bene accertato, legittima l'intervento (*Journal Av.*, t. XXXIII, pag. 283; *Journal Pal.*, 3ª edizione, t. XXVII, pag. 170). Più fermamente ancora è stabilito nelle dottrine che un diritto *in spe*, non ancora verificato ed eventuale, dà ragione ad intervenire (MERLIN, *Répertoire*, v° *Intervention;* THOMINE, t. II, p. 516; CARRÉ, quest. 1270, ecc.). L'illustre MANCINI nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 2, n° 75, ci ricordava alcune solenni decisioni francesi, nelle quali si disputava di nomi di ditte commerciali, da altri contesi, di cognomi di famiglia o di comunità che si pretendevano usurpati.

Ma se le decisioni emanate in cause nelle quali non abbiano avuto parte non ci pregiudicano (*res inter alios acta*), l'interesse d'intervenire qual è? Non è questo l'interesse che bisogna giustificare, la sola istanza che ne facciamo induce a credere che crediamo d'averne. Noi temiamo l'*effetto morale* di quelle decisioni che implicano, senza percuoterci personalmente, una condanna, una reiezione dei diritti che stimiamo appartenerci; e riputiamo essersi resa con ciò la nostra posizione più difficile. Siamo portati talvolta a intervenire per procurarci uno scioglimento più sollecito di gravi questioni che ci tormentano, e scongiurare il pericolo che ci minaccia, quantunque ancora lontano. Abbiamo l'interesse della verità (*).

3. La seconda parte dell'articolo definisce il termine nel quale la domanda d'intervento volontario è possibile. Nel *procedimento formale* la porta è chiusa all'intervento quando *rimase ferma la iscrizione in ruolo* (art. 174, 175). Lo stesso art. 175 aveva fissato questo canone. *La causa è in istato di decisione*, giusta il concetto dell'articolo 435 del Codice di procedura del 59, che dettò la stessa regola. Era meno preciso il confine nei procedimenti sommarii; ed ora è posto chiaramente e determinato *nel cominciamento della relazione della causa all'udienza*, o la relazione si faccia dal giudice o dalle parti (articolo 184). Non si può aver dubbio che la udienza di cui si parla sia quella in cui si prendono le conclusioni definitive; e non quella udienza in cui si presero bensì conclusioni contraddittorie, ma la causa o fu rinviata, o si riaperse per fare delle prove; questione già osservata dagli scrittori, e decisa generalmente in questo senso dai tribunali (THOMINE, t. I, pag. 544; BOITARD, t. II, pag. 260; *Journal de la Cour de Bruxelles*, 1822, t. II, pag. 161, ecc.).

Articolo 202.

L'intervento è proposto con comparsa contenente le ragioni e la produzione dei documenti giustificativi.

Annotazioni.

1. È d'uopo conciliare questo articolo col 204. Proponendosi l'intervento nella forma degl'incidenti, la *comparsa* e i *documenti* saranno sottoposti al presidente per seguire la regola dell'articolo 181.

2. La comparsa sarà notificata ai procuratori che sono costituiti nella causa, sarà fatta la offerta di comunicazione dei documenti secondo le norme dell'articolo 134. Dico ai procuratori costituiti, e non alle parti contumaci. « Il faut considérer que la intervention est « une véritable demande incidente, et que la « partie qui ne constitue pas avoué, ne peut pas « prendre part à aucun incident ». LEPAGE.

(*) La teorica dell'*interesse* è vasta specialmente nei rapporti della penalità. Io ho avuto occasione di trattarne largamente nel mio libro *Dell'azione penale* (Cap. VI) che si sta stampando da questa Casa editrice.

Articolo 203.

Ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia, ma deve ciò notificare all'altra parte nella forma espressa nell'articolo precedente.

Annotazioni.

1. Siamo alla seconda categoria degli interventi, all'intervento coatto della prima maniera (*V.* Osservazioni generali). *Ciascuna delle parti*, quindi tanto l'attore che il convenuto hanno facoltà di provocarlo. Un po' più sotto si darà cenno della differenza. Il carattere di questa forma d'intervento *è la comunione della controversia.* Lo scopo ordinario e consueto di simili giudizi è di far estendere le invocate condanne anche a coloro che non furono chiamati nel libello introduttivo, e che nondimeno avendo un interesse identico o conforme o correlativo, sono virtualmente, se non espressamente, involti nelle conseguenze del giudizio. Questo concetto della comunione, che in tutte le procedure ha avuto la sua parte di difficoltà, ho voluto esprimere con varietà di vocaboli, perchè veramente ha una certa latitudine in cui spazia l'arbitrio dell'apprezzamento, e che la legge si è guardato dal definire in termini di rigore. In genere è un concetto, che dal punto di vista dell'azione involve in tutto o in parte la risponsabilità che si tenta d'imporre al convenuto. « Cette demande « (disse in una nota il Carré) est une action « formée contre un tiers, afin de prononcer « contre lui les mêmes condemnations que l'on « poursuit, ou que déjà ont été prononcées « contre une autre partie ». Tizio che, previa la nullità di una donazione fatta al defunto, rivendica un fondo da un coerede, accortosi che un altro coerede, non chiamato nel giudizio, possiede un altro fondo compreso nella stessa donazione, lo costringe a intervenire, essendo passivamente comune ai coeredi o ad altri che posseggono beni la intentata azione di nullità. Questo è il subbietto della vera o propria comunione passiva, in presenza dell'azione. Tizio istaurò giudizio di rivendicazione di un fondo; Caio acquistò dal convenuto una servitù attiva che verrebbe a perdere, e si costringe a intervenire perchè in parte il suo interesse è comune. Gli esempi possono moltiplicarsi. Nella tecnica francese suole appellarsi *demande en déclaration de jugement commun;* e si associa tanto al giudizio pendente quanto al giudizio già definito. Nel primo caso mira a renderlo comune al terzo, preoccupando la eccezione della *res inter alios acta* e il diritto della opposizione di terzo che gli potrebbe competere; nel secondo la *demande en déclaration* intende a far sì che una sentenza pronunciata senza l'intervento del terzo si abbia come pronunciata contro lui stesso e in suo concorso; ed è soggetto non già di giudizio incidente ma principale.

2. Anche il convenuto partecipa il diritto *di chiamare in causa il terzo a cui creda comune la controversia.* Nella prima ipotesi il giudizio di garantia è da quello così distinto, e anzi sì formalmente avversativo, che non è possibile confonderne l'indole e lo scopo. Nella seconda la distanza è minore. Perchè il convenuto vorrà trarre in giudizio un terzo se non fosse al fine di giovare alla propria difesa? Limitiamoci al sovrapposto esempio per meglio ravvicinare le applicazioni. Tizio intentò contro Caio azione di nullità di una donazione fatta al defunto A., in forza della quale esso Caio possiede un fondo di cui l'avversario chiede la vindicazione. La controversia è certamente comune a Sempronio suo coerede, e a Movio successor singolare di Marco altro coerede, i quali posseggono pure dei beni in virtù della donazione medesima: Caio li trae in causa amendue. Avvertite che la sua posizione giuridica, e quindi il suo interesse, può esser ben differente rispetto a questi due chiamati. Rispetto al coerede l'intervento di lui potrà tornargli utile anche nel punto di vista della garantia che nella sua qualità di coeredo e di condividente dovrà prestargli. Quanto al successore singolare dell'altro coerede, la cosa cangia d'aspetto. Egli potrà perdere il fondo, ma non sarà tenuto a veruna garantia verso Caio, col quale non ha rapporto contrattuale. Malgrado la differenza dell'interesse io non dubito di affermare potere il citato provocare l'intervento di amendue, non esigendo l'articolo altra condizione che la *comunione della controversia.* È però da osservare che quantunque, rispetto al coerede, Caio abbia un interesse più importante nelle conseguenze, egli non lo chiamerà in causa *a prestargli in effetto la garantia* se crede di restare entro la disposizione dell'articolo 203: ed in ciò diversificano i due istituti contenuti in questa sezione. In sostanza il convenuto coll'inter-

vento di coloro coi quali ha comune la controversia non intende che a consolidare la propria difesa, a farsi più forte del concorso, dei lumi, dell'appoggio dei cointeressati. E in questo ancora si differenziano i due istituti, *mentre la comunione della controversia non esclude il debito della garantia*, come coll'esempio si è dimostrato, *ma non lo inchiude necessariamente, laddove la chiamata in garantia lo suppone, ed in esso è fondata.*

3. La legge dice *che la chiamata in causa del terzo dev'esser notificata all'altra parte;* ma è singolare che quanto alla *forma* si rimette all'*articolo precedente*, ove non se ne parla.

Articolo 201.

Le quistioni relative all'intervento sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gl'incidenti.

Nei casi d'intervento proposto all'udienza, le questioni sono giudicate dal tribunale o dalla corte.

L'intervento non può in verun caso ritardare il giudizio della causa principale, quando sia in istato di essere decisa.

Annotazioni.

1. Ritengo che il primo periodo riguardi il *procedimento ordinario* o *formale*, il secondo alluda al *procedimento sommario*. Di fatti, se in quello la iscrizione definitiva del ruolo preclude la via a proporre questa maniera d'incidente, non può intendersi la sua proposizione *alla udienza*. Per tale riflesso sarà allontanata l'idea che sia lecito proporre la domanda o per via d'incidente o piuttosto alla udienza: l'articolo si applicherà *servato ordine*, e dove sarà applicabile, secondo la legge generale del rito.

2. **Questioni.** — *a) Questione del termine iniziativo del giudizio d'intervento coatto e delle sue conseguenze rapporto al principio che non deve ritardarsi la decisione della causa principale:* comune al giudizio di chiamata in garantia. Come altrove fu avvertito, per questo rito viene derogato alla massima di procedura che « une demande incidente n'est « jamais faite qu'entre des parties qui ont « avoué en cause » (LEPAGE, quest. 4ª, p. 223). Un terzo è improvvisamente chiamato a intervenire in un giudizio che si agita fra altre persone. Dove abita egli? Dov'è la sua residenza, il suo domicilio? La causa si tratta a Milano, egli abita a Napoli. L'altrui interesse, la forza della connessione lo attrae, e lontano da' suoi giudici naturali, lo costringe a recarsi ad altre sedi. Ciò è inevitabilmente nel volere di questa legge. I termini della distanza non gli potranno essere contesi, i termini che gli sono guarentiti dagli articoli 147 o 148. Ricordiamo che qui si discute *dell'intervento coatto e non del volontario*, ove l'interveniente viene spontaneo e non può pretendere a termine. Ma fingiamo una ipotesi estrema. Trattasi di uno straniero a cui vanno assegnati termini lunghissimi. È un ben singolare incidente da proporsi al capo del tribunale. *Quid juris* in questo caso?

La questione ne inchiude un'altra; quella della forma dell'atto di chiamata.

L'intervento è proposto con comparsa, dice l'art. 202. Debbo intendere che la disputa va ad aprirsi fra le parti che sono a fronte, per la manifesta ragione che la contraria può fare opposizione, e quindi la comparsa si deve primieramente notificare alla parte contraria. Si aggiunge che questo è il solo mezzo a sospendere il corso della causa principale. Ciò posto, la parte contraria, visto che trattasi di un lontano o lontanissimo citando, e di un dispendio di tempo incongruo alla qualità del giudizio e allo stato della causa, *potrà, in virtù dell'ultimo prescritto del presente articolo, respingere la pretesa dell'intervento.*

E poichè siamo nel parlare della forma, *con quale atto inviteremo il terzo a comparire in giudizio di garantia o d'intervento forzato?* Sarà *per mezzo di una comparsa* o istanza stragiudiziale al presidente, o con una bella e buona citazione, come si chiamano tutti quelli che si vogliono costringere a comparire perchè li teniamo obbligati a prestarci qualche cosa, o a risponder di qualche cosa che è nel nostro diritto?

Converrà primieramente stabilire se i chiamati in garantia o intervento coatto siano obbligati a comparire. Lo sono senza dubbio, altrimenti la legge ci darebbe un diritto illusorio, e non presentandosi, potrebbero essere tenuti alla emenda dei danni.

Se sono obbligati, se un vero giudizio si

apre contro di loro con risponsabilità inerenti, non dovranno esser chiamati col *metodo ordinario della citazione?*

Tanto più io sono persuaso che così dev'essere, quando leggo nel successivo articolo 205, *che l'autorità giudiziaria dichiara... a cura di chi la* CITAZIONE *del terzo dev'essere fatta.* Trattasi dunque di citazione. Nell'art. 267 del precedente Codice di proced. civ. = *la parte che voglia chiamare in causa un terzo, potrà farlo* CITARE *a intervenirvi.* = (*V.* art. 199.)

Ma se l'intervento è negato, o perchè fuori di termine, o perchè conducente a termini sproporzionati, incompatibili col giudizio principale, e infine portanti indebito aggravio alla parte attrice, si rientra con ciò nella disposizione del presente articolo, che, inteso nel suo spirito, è più ampio di quello che suonino le parole. Quand'anche la causa non sia propriamente in *istato d'esser decisa*, ma si ravvisi che i troppo lunghi termini che conviene premettere alla proposizione della domanda incidentale, vanno a scompigliare gli interessi dell'azione, subordinando il giudizio principale alle esigenze dell'incidente, non potrà rifiutarsi al giudice del merito un apprezzamento di prudenza e una decisione di circostanze da lui solo apprezzabili, per aderire alla opposizione che sarà fatta dalla parte contraria all'intervento. Ciò specialmente, ove si tratti di procedimento sommario.

b) Se l'interveniente volontario o coatto entri in causa nello stato in cui si trova, quali sono le conseguenze che possono derivare da tale principio? È della natura dell'intervento influire sul futuro, rispettando gli atti già fatti; essendochè il giudizio era perfettamente costituito in ordine alle parti (attore e reo necessario), e l'intervento è sempre qualcosa che accede e si aggiunge ad un giudizio sostanziale, utile ai legittimi interessi dei contendenti, utile alla verità, ma non mai richiesto dal rigore del diritto, non necessario. Perciò si dice il terzo entrare *in statu et terminis:* la nostra legge ha creduto esprimere sufficientemente questa vecchia massima colla formola *non poter ritardare il giudizio della causa principale.* Resta però a stabilirsi il limite di questa proposizione generale, ed esaminare un momento quali siano i diritti che potrà esercitare nella procedura l'interveniente, il quale, incontrando egli pure non lievi risponsabilità dalla sua comparizione, e mettendo con ciò solo in compromesso la propria posizione giuridica (che rimarrebbe impregiudicata rimanendo estraneo), non può aversi quale un istrumento passivo o spettatore indifferente.

Distinguiamo fra quegli atti che tendono a disordinare il giudizio introdotto e corrente, e quegli atti che interessano il merito della questione. L'intervenuto non può *opporre eccezioni declinatorie* o *dilatorie.* Egli deve accettare lo stato del processo e la giurisdizione, salva l'incompetenza di materia. Questo è fermo in giurisprudenza (*Sull'ordinanza del* 1667, BORNIER, JOUSSE, RODIER; sul Codice, FAVARD DE LANGLADE, t. III, pag. 120, n° 4; THOMINE, t. I, pag. 544, ecc.). Tutt'altro è necessario che avvenga rapporto alla sostanza del giudizio, e, se vogliam dire con altre parole, spiegando la proposizione, *l'intervento non potrà ritardare il giudizio della causa principale se non quanto occorra e sia d'uopo alla giusta difesa dello stesso intervenuto.* « Il ne serait pas juste (conferme rò la sentenza colle parole di CARRÉ) que « le premier (l'intervenuto) fût la victime de « ce qu'on ne l'a pas appelé dans un procès où « il est évidemment intéressé, et de la rapidité « avec laquelle les parties auraient instruit « la cause dans le dessein, peut être, de le pri« ver de ses droits. » Noi parliamo qui espressamente e principalmente dell'intervento coatto, di quello dell'art. 203, non essendo dicevole che il terzo, costretto a intervenire, ed esposto a serie conseguenze, sia trattato, rispetto alla difesa, in modo diverso dal chiamato in garantia. Fra le oscillazioni, che mai non mancano, il BÉRIAT SAINT-PRIX, procedurista insigne, così teneva, e la opinione sua seguendo il CARRÉ, e toccando che una vera decisione in senso contrario non era mai stata proferita dalla Cassazione, concludeva: « Son autorité « (quella della Cassazione, perchè non appli« cabile) ne saurait donc détruire l'opinion où « nous sommes ainsi que ces auteurs, *que dans « le cas d'une intervention forcée on doit ac« corder à la partie un délai suffisant pour « proposer ses moyens, et que, conséquemment, « on ne peut procéder de suite au jugement du « fond, quand même la cause serait en état « entre les parties qui étaient déjà en instance* ». In esempio: l'intervenuto potrà ben domandare una prova per testimonii, una perizia, e via discorrendo, in guisa che l'attore dovrà far piegare a tali legittime pretese del terzo la sua stessa impazienza di finire la lite. Se è nell'intendimento della legge favorire il sollecito sviluppo dell'azione, ovviare a inutili ritardi, essa tien conto e protegge anche i diritti della difesa; considera che se, per forza di giudizi connessi, si può attrarre in quell'orbita un terzo, a cui la legge generale della competenza aveva assegnata tutt'altra posizione, egli non dev'essere sagrificato a un moto di cele-

Digitized by Google

rità inopportuna; e che una verità bene preparata e venuta in luce val meglio di una precipitata decisione.

c) Se la domanda principale è dichiarata irricevibile o nulla, si deve nonostante statuire sul merito dell'intervento? È la questione che il CHAUVEAU si propone al n° 1273 quat. nelle sue addizioni al CARRÉ.

Si distingua: o *la domanda principale è dichiarata inammissibile per ragioni di merito*, non cade dubbio sul doversi statuire nell'incidente che forma, o può almeno formare una causa distinta, inchiudere dei diritti o delle obbligazioni di un ordine diverso. Fra *A* o *B* si disputava sulla proprietà di un fondo che il primo reclamava, mentre il secondo sosteneva di averne il perfetto dominio. Interviene *C*, e propugna un diritto di servitù reale sul fondo stesso da doversi in ogni evento dichiarare a suo favore. La domanda di *A* è reietta, ma si deve nonostante statuire sulla pretesa di *C*.

Ma se *la domanda principale è dichiarata nulla* o *irricevibile per decadenza dal diritto di proporla*, o simile, le opinioni si dividono. Si dice da una parte che non essendo il giudizio d'intervento che incidente di quello che è annullato o respinto per improponibilità, logicamente ripugna poter sussistere l'incidente, mancando di base e della sua ragione di essere, che è il giudizio principale. Varie Corti di Francia decisero in questo senso. La sentenza contraria apparve migliore alla Corte di cassazione (DEVILLENEUVE, 1834, t. I, p. 540), e fu seguita dall'illustre CHAUVEAU; e sta nel dire che la nullità o irricevibilità *è posteriore* alla introduzione dell'incidente, che per sè dev'essere considerato valido, e quindi deve avere il suo effetto. Si prova poi la *posteriorità*, perchè la sentenza che dichiarò la nullità, ecc., nacque dopo; *or, l'intervention est antérieure à ces évènements; elle date de l'époque où la demande principale subsistait encore d'une époque où l'intervenant ne faisait qu'user de son droit en employant la voie de requête.* Con tutto il rispetto, la opinione della Corte suprema non mi pare meritevole di serio esame. La nullità, benchè posteriormente dichiarata, se fa cadere l'intero giudizio, non lascia sussistere parte alcuna del processo, e io tengo logicamente irrepugnabile l'argomento della prima opinione.

Articolo 205.

L'autorità giudiziaria, se riconosca opportuno l'intervento in causa di un terzo, può ordinarlo anche d'uffizio. In questo caso dichiara nella sentenza a cura di chi la citazione del terzo debba essere fatta, e stabilisce il termine per eseguirla.

In ogni caso la citazione può farsi eseguire da qualunque delle parti.

Annotazioni.

L'intervento ordinato d'ufficio ha un carattere suo proprio; non è motivato da verun interesse da quello in fuori della verità. L'interveniente non si presenta per rispondere di obbligazioni, per subire condanne. Tale non è lo scopo dell'intervento d'ufficio nè l'effetto che deve produrre. Io credo però che, stando in giudizio, la parte che crede averne diritto, possa promuovere delle istanze contro di lui e farlo condannare: condanna in giudizio civile non può aver luogo che ad istanza di parte. Anche l'interveniente volontario, io credo, può ricadere in questa posizione passiva, ch'egli non aveva, per certo, animo di formarsi. Deve per altro intendersi in modo assai ristrettivo, e fin dove il comporta la natura del giudizio e la portata di un incidente. *A* ha venduto a *B* due cavalli; ma contro il compratore sorge la pretesa di *C*, che li rivendica come proprii, sostenendo che *B* non gli acquistò dal vero padrone. Il tribunale ordina d'ufficio l'intervento di *A* per chiarire la cosa. Risulta dal complesso degli atti che costui non poteva vendere i cavalli perchè li riteneva a semplice comodato. Non veggo difficoltà che *B* non possa contro di lui, intervenuto, rivolgere domanda incidente per essere indennizzato.

SEZIONE IV.

Delle prove.

Articolo 206.

Per l'ammessione di qualunque mezzo di prova le parti devono provvedersi nel modo stabilito per gl'incidenti.

Annotazioni.

V. articolo 181 e rispettive ANNOTAZIONI, e quelle agli articoli 182, 183, 185, 186, 189, 192, 199, 204.

Articolo 207.

Nell'esecuzione delle prove le parti possono intervenire personalmente o per mezzo di mandatario, e non è necessaria l'assistenza dei procuratori che le rappresentano in causa, salvo che si debba comparire all'udienza.

Annotazioni.

La legge distingue la *esecuzione* delle prove dalla loro *introduzione*. In fatto di *esecuzione* (esperimento, svolgimento della prova) è modificato il disposto generale dell'art. 156, ove *simili eccezioni stabilite dalla legge* sono pronunciate. Nella relazione del progetto Pisanelli si diceva in questo proposito: « Fu elevato il dubbio se nella esecuzione delle prove « le parti dovessero essere rappresentate dai « loro procuratori, o potessero intervenirvi « senza la loro assistenza. Nel Codice sardo « del 1859 il dubbio fu risoluto nel senso che « per la esecuzione ond' è parola non fosse ne« cessario l'intervento dei procuratori, e che « le parti potessero quindi intervenirvi perso« nalmente o per mezzo di mandatario. Tale « sistema fu accolto dal progetto, perchè viene « così a semplificarsi la procedura, mentre si « evitano delle spese che potrebbero essere as« sai rilevanti, specialmente quando il luogo in « cui si procede alla esecuzione della prova « fosse lontano dalla sede del giudizio. Ciò « non si applica al caso in cui la prova debba « farsi avanti il collegio: è regola generale che « le parti non possono comparirvi personal« mente senza l'assistenza dei loro procu« ratori ».

Senza uscire dalla sfera delle prove, *è facoltativo alle parti d'intervenire* nei casi degli articoli 233, 237, 243, 246, 262, 274, 275, 276, 277, 281, 285, 286, 291, 294, 302, 304, 306, 307. *È necessario*, articoli 218, 226, 283, 290, 298, 299, 300, 301, 317.

Articolo 208.

Quando la prova non si debba eseguire all'udienza, è delegato uno dei giudici a procedervi. Se il luogo in cui si deve eseguire sia distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria avanti la quale pende la causa, si può delegare il pretore.

Se la prova si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può o richiedere questa di delegare uno de' suoi giudici, o commettere direttamente il pretore del mandamento, in cui la prova deve farsi.

Se la prova debba eseguirsi fuori del regno, la richiesta deve farsi nelle forme stabilite dal diritto internazionale.

Articolo 209.

Dai provvedimenti dati dal giudice delegato per l'esecuzione della prova si può

Digitized by Google

reclamare nel termine stabilito dall'articolo 183. Sull'istanza dell'opponente il giudice rimette le parti a udienza fissa.

Il giudice può tuttavia ordinare l'esecuzione provvisoria del provvedimento, non ostante reclamo, salvo nella parte che infligga una pena.

Il difetto di reclamo non convalida l'operato, quando il giudice abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni.

Articolo 210.

La surrogazione del giudice delegato, o la nomina di un altro giudice che possa sostituirlo in qualche atto relativo all'esecuzione della prova, deve farsi con provvedimento del presidente, ancorchè la delegazione abbia avuto luogo per sentenza.

Annotazioni.

1. Veramente tre distinti concetti si rappresentano da questi tre articoli. Il *primo* è la ragione della delegazione e la sua estensione. Il *secondo* traccia i rimedii contro la irregolarità, ingiustizia o eccesso del provvedimento. Il *terzo* avvisa al modo della surrogazione del giudice delegato. Non di meno si trova opportuno riunirli in questo breve esame.

2. *Vi sono dei casi in cui la prova dev'essere eseguita all'udienza.* Possono vedersene esempi negli articoli 217, 222, 230, n° 2. In questi casi non ha luogo delegazione. Il tribunale si spoglierebbe della causa, e deferirebbe ad altri magistrati la propria autorità contro la legge dell'articolo 68.

Si parla adunque di prova al cui esperimento presiede un giudice singolare necessariamente delegato.

Il primo capoverso dell'art. 208 prescinde dalla consueta convenienza delle relazioni giudiziarie, abilitando alla delegazione immediata di un pretore dipendente da altra autorità giudiziaria: e ciò per amore di facilità e di speditezza. L'ordine delle giurisdizioni non è a dirsi turbato da tale disposizione perchè nasce dalla stessa legge, arbitra delle giurisdizioni. Basti questo, che nulla si detrae ai diritti giurisdizionali dell'autorità territoriale, appunto per esercitarsi dal pretore una facoltà delegata e non propria, ausiliaria e non principale. È la stessa autorità, investita della cognizione dell'azione, che per mezzo di un funzionario delegato si estende, *necessitatis causa*, ad un territorio che non è il suo, non per esercitarvi una giurisdizione decisoria, ma per raccogliere fatti e materiali giuridici, o anche per dar esito a certe prove che a lei sola appartiene giudicare; non invade adunque gli attributi dell'autorità locale, scorrendo nel territorio. La reciprocanza pone le magistrature nello stesso grado le une rimpetto alle altre, e quasi le costituisce in una relazione mutua nell'interesse generale della giustizia.

3. Il *diritto di reclamo* (articolo 209) è una disposizione in gran parte nuova: saggia perchè tempera un potere momentaneo e limitato, ma molto importante, e che, essendo sorvegliato, sarà meglio compreso.

L'ordinanza del giudice delegato può realmente contenere una pena, e grave; vedrai esempi, anche gradnati, nei tre capoversi dell'articolo 239. Il caso dell'art. 239 sarà uno di quelli che incontrerà le più vive opposizioni.

La condanna nelle spese (*V.* detto articolo) *è forse una pena?* Niuno vorrà sostenere simile assunto. Il giudice avrà liquidate nella sua ordinanza le spese cagionate dalla inobbedienza del testimonio, e quando essa sia esecutoria, dovrà costui pagarle nonostante reclamo. A suo luogo cercheremo la intelligenza dell'ultimo capoverso dell'articolo 239. L'uso di mezzi coattivi, anche energici e violenti, non ha carattere di pena, avendo per termine e scopo la esecuzione della legge: ordinare che un testimonio sia tradotto colla forza, non è infliggergli una pena. Onde, se fosse il caso, la ordinanza sarebbe in questa parte eseguibile. Nell'ordinamento civile la pena è sempre un fatto adietto ed estraneo al suo organismo; colpisce, dopo l'avvenimento, una commissione o una omissione di genere grave; ed è un concetto che non può combinarsi nè colla idea di un'indennità, nè con quella di un mezzo di esecuzione, come ad esempio il carcere del debitore.

Il secondo capoverso dell'articolo 209 invita a distinguere i diversi gradi di errori o di colpe che potranno rimproverarsi al giudice delegato, vedendosi ivi tracciate alcune linee fuggitive che adombrano le diverse conseguenze che ne derivano.

Digitized by Google

Il giudice può commettere degli errori rimanendo tuttavia *entro la sfera delle proprie attribuzioni*, e può delle proprie attribuzioni *eccedere i limiti*. È necessario nella prima contingenza interporre reclamo nei tre giorni; la seconda colpa non è sanata dal silenzio. Erra senza cadere in eccesso il giudice *che viola* o *manca alla legge sino a quel punto in cui facendo l'opposto l'avrebbe adempita:* ma eccede le sue attribuzioni quando è cessata o manca in lui la facoltà del bene e del male, *la facoltà del fare in qualunque modo*. Se ordinò intempestivamente una operazione, sarebbe in regola se avesse rispettati i termini che doveva rispettare; se ha imposto condanne a un testimonio non comparso, ma che aveva giustificata la sua assenza, il giudice avrebbe fatto il suo dovere nel caso contrario. Ma se dà un provvedimento che invade il merito, si spinge sopra un terreno d'impotenza assoluta, ove non può fare nè una cosa nè l'altra, e il solo bene che può fare, la sola cosa che gli conviene, è di astenersi.

Resta a sapere, non essendo il diritto pregiudicato dal non reclamo, *come e quando si possa far valere la eccezione, e quali effetti produca*.

Trattasi di nullità: *è sanabile?* È la prima ricerca che naturalmente si presenta. Al che risponde un principio della nostra procedura, *che ogni nullità è sanabile, quando non offenda l'ordine generale della giurisdizione determinato dalla materia o valore*. Io ritengo applicabile la sanzione dell'articolo 191.

Dichiarata la nullità che dovrà proporsi prima della discussione del merito, caduta la ordinanza del giudice delegato, cadranno pure nel nulla le operazioni di prova che ne fossero *la immediata e certa conseguenza*. E questo io dico con proposito, invitando a distinguer bene fra una ordinanza comunque eccessiva, ma sterile di effetti; e gli effetti che ne conseguitarono.

4. La ragione logica dell'articolo 210 è posta in questo, *che il presidente*, colla nuova delegazione, meramente surrogatoria, *non esercita una podestà causale*, ma esecutiva.

Articolo 211.

Per ciascuna prova si fa processo verbale nelle forme stabilite in appresso.

Quando per la prova sia stato delegato un giudice che non appartenga alla autorità giudiziaria davanti cui pende la causa, il cancelliere del giudice delegato trasmette immediatamente il processo verbale in originale alla cancelleria della detta autorità giudiziaria.

Il processo verbale è prodotto in causa per copia.

Annotazioni.

Il *processo verbale*, che nell'ordine della procedura è la storia di una operazione giudiziale, ha i suoi caratteri comuni e generali; o sono quelli che costituiscono l'autenticità dell'atto che genera la fede pubblica e la impone, mercè la quale il fatto storico *è una verità* fintantochè in causa criminale non si dimostri il contrario. A porvi il suggello basta l'autorità del pubblico uffiziale; ma oltreciò la legge esige il concorso morale di quelli che intervennero nella operazione e vi presero parte, e il concorso loro materiale *colle sottoscrizioni*, se si possono avere. Sarebbe contrario ad ogni dettato di prudenza il trascurarlo, l'autorità morale dell'atto sarebbe meno solida, più facili le contraddizioni, l'impugnativa di falso meno odiosa, più pericoloso l'attacco. L'adesione esplicita alla verità dell'esposizione per coloro che furono attori o partecipi nella storia che si rappresenta, è dunque di una necessità, se non assolutamente giuridica, morale. Quindi le sottoscrizioni del giudice, del cancelliere e delle parti operanti nel fatto della prova, o la menzione della loro impotenza o rifiuto, sono richieste con sanzione di nullità: e di ciò si ha chiaro e pratico esempio nell'articolo 247, mentre le altre formalità si considerano meno importanti. Al presente articolo è bastato dire *per ciascuna prova si fa processo verbale*, a stabilire la costante necessità della sua dimostrazione autentica; ma saviamente si prescrivono ad ogni caso regole speciali.

Articolo 212.

Quando negli esami, o in qualunque altro atto di procedura, si debba inter-

Digitized by Google

rogare qualche persona che non conosca la lingua dell'autorità giudiziaria procedente, o quando gli uffiziali che intervengono all'atto non intendano la lingua della detta persona, si nomina un interprete, il quale presta giuramento di fedelmente spiegare le domande e riferire le risposte.

L'interprete deve essere maggiore d'età, e non può essere scelto fra i giudici, gli uffiziali intervenienti all'atto, o i testimoni della causa.

Nel processo verbale si fa menzione di quanto siasi operato a norma di questo articolo. L'interprete, se può, lo sottoscrive.

Articolo 213.

Quando si debba interrogare un sordo, un muto, o un sordo-muto,

Al sordo si presentano in iscritto le domande o le osservazioni dell'autorità giudiziaria, ed egli dà le sue risposte verbali;

Al muto si fanno verbalmente le domande e le osservazioni, ed egli risponde in iscritto;

Al sordo-muto si fanno le domande e le osservazioni in iscritto, ed egli risponde in iscritto.

Le domande e le risposte in iscritto sono unite al processo verbale.

Se il sordo, il muto, o il sordo-muto non sappia leggere o scrivere, l'autorità giudiziaria gli nomina uno o più interpreti, secondo le circostanze, scelti di preferenza fra le persone abituate a trattare con esso, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

Articolo 214.

Le disposizioni dei due articoli precedenti si devono osservare sotto pena di nullità.

Annotazioni.

Essere costretti a vedere una verità materiale o morale attraverso allo spirito di un altr'uomo che la trasmette con tutto il pericolo dell'allucinazione, della passione o della ignoranza, è già una dura condizione degli umani giudizi. Ma almeno il segno convenzionale del pensiero si presenti allo spirito nostro che deve riceverne la impressione, con tutta la chiarezza di cui è capace. La legge sente l'enorme pericolo che si prepara nelle combinazioni previste negli art. 212 e 213. Quindi più severo del solito è l'impero dell'art. 214. Ogni particola nei predetti 212 e 213 si ritiene essenziale; è facile distinguere i membri di quelle disposizioni tanto rigorose, e comprenderne la singola importanza. Noi ci fermeremo ad un solo punto. Nelle ultime parole del 213 si dice: *osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.* Non mentovate nell'art. 213 sono le seguenti: 1° *il giuramento degli interpreti;* 2° *la loro età maggiore;* 3° *la esclusione di giudici uffiziali intervenienti all'atto,* o *dei testimonii della causa dall'ufficio di arbitri;* 4° *la menzione che di ogni cosa deve farsi dal cancelliere nel processo verbale;* 5° *la sottoscrizione dell'interprete o degli interpreti, se possono scrivere.*

Articolo 215.

Quando la parte, il testimone, o il perito chiamati a rispondere ad un interrogatorio, a prestare giuramento, a deporre, o riferire verbalmente all'udienza, giustifichino l'impossibilità di presentarsi nel giorno assegnato, il presidente o il giudice delegato stabilisce un altro giorno nel termine prescritto per l'esecuzione

della prova, o si trasferisce all'abitazione della parte, del testimone, o del perito per riceverne le dichiarazioni.

Se l'abitazione sia distante dalla sede del giudizio, o si trovi nella giurisdizione di un'altra autorità giudiziaria, si provvede a norma dell'articolo 208.

Annotazioni.

1. L'articolo 208 manifesta e dichiara la facoltà che hanno i giudici investiti della causa di trasferirsi ad altro luogo, o delegare altri giudici, *se la prova non deve eseguirsi alla udienza*. Il presente articolo, che reclama il suo posto vicino a quello, dispone del modo di contenersi *quando si tratta di prova da eseguirsi alla udienza*, divenuta impossibile (*almeno* pel giorno assegnato) stante la condizione, che per ora diremo fisica, del testimonio, della parte, ecc.

Deve giustificarsi la *impossibilità*. *Impossibile præceptum judicis habetur cui pareri per rerum naturam non possit*. Era infatti la parola che doveva usarsi. Ma rammentiamo che in simili materie domina la prudenza del giudice che si esercitò ordinando la prova solenne, la prova all'udienza, e continua ad esercitarsi piegandosi alla forza delle cose, senza far mostra di un rigore eccessivo. Se il male non è molto grave, non sarà veramente *impossibile* alla parte (che dovrà rispondere ad un interrogatorio), al testimonio, ecc. il recarsi alla udienza; sarà con disagio, con rischio di star peggio, ma infine si può venire. L'*impossibile* sarà il difficile, il malagevole, l'arrischiato. *Impossibile aliquando idem est ac difficile* (VICAT). Il giudice estimerà le circostanze. Vero è però che la impossibilità o grave difficoltà *dev'esser fisica:* morale, non si ammette generalmente parlando; sarebbero troppe. E tuttavia non se ne può fare una regola. Un grave personaggio della magistratura applicato alla direzione di una funzione interessante che non può essere interrotta, un deputato immerso in lavori parlamentari di somma urgenza, sono in una specie d'impossibilità, almeno momentanea, che giustifica la loro assenza, autorizza il rinvio, e, secondo le circostanze, un trasferimento del giudice od una delegazione. Fuso, se mi è permessa la fráse, nella materia elastica dei giudizi probatorii, *il concetto della impossibilità* si modifica, e acquista qualche cosa del relativo che non è nella sua espressione.

2. Si è toccato nel principio di questa nota come siano diverse le posizioni giudiziarie dell'articolo 208 e del 215. La delegazione di fatti in quello disposta *è primitiva, e sta in rapporto col carattere della prova che deve assumersi*; il collegio non assisterà; è naturale, è inevitabile la commissione di uno o di altro giudice. Invece per l'articolo 215 il collegio si è proposto di assistere allo esperimento della prova; ma non può farlo: si deve supplire. La prova avrebbe dovuto ricevere uno svolgimento più solenne; il testimonio, la parte, il perito avrebbero dovuto recarsi al tribunale da qualunque punto del Regno, ma bisogna cedere alla forza delle cose. Il caso della impossibilità non essendo prevedibile, la delegazione non poteva essere *primitiva*, ciò è manifesto; essa diviene supplementaria, surrogatoria. Resta solo a proporsi alcuni schiarimenti a questo articolo che, come avvertii di sopra, doveva riunirsi al 208 e formarsi di entrambi una disposizione complessa.

a) La legge suppone che la giustificazione sia presentata al presidente prima della udienza; ma se fosse presentata alla stessa udienza, spetterebbe pur sempre al presidente il risolvere sul modo di eseguire la prova? Ciò non può ammettersi. Sedendo il collegio, lo stesso collegio ordina il rinvio, o delega il presidente o uno dei suoi giudici: aggiunta che deve farsi all'articolo 215, da cui sembra risultare che il presidente, o anche il giudice delegato (che forse non esiste), sia abitualmente investito di tale facoltà.

b) Se la parte, il testimonio, o il perito abitano a breve distanza, per esempio, in un mandamento contiguo, è obbligato il giudice del tribunale o il consigliere della Corte a trasferirsi di persona alle case loro per raccoglierne la deposizione? Non può delegarsi il pretore del mandamento? Valutare la distanza, quando la legge non la definisce, è sempre una facoltà. Se l'abitazione è fuori della città in cui ha sede l'autorità giudiziaria, una distanza c'è. Se l'affare è molto grave, il giudice sentirà il dovere di compiere l'ufficio in persona, ma delegandosi il pretore vicino, non si contravviene alla legge.

c) Sul capoverso dell'articolo. Non si può trascorrere nel territorio di altrui giurisdizione, e in tal caso la delegazione è necessaria.

§ 1.

Dell'interrogatorio delle parti.

OSSERVAZIONI GENERALI

« La prova più sicura nei suoi effetti e più semplice nelle sue forme che possa ottenersi « in giudizio è la confessione dell'avversario. L'interpellazione è il primo mezzo con cui ge- « neralmente si cerca di ottenere dall'altra parte la confessione del fatto; imperocchè, ne- « gandosi anche il fatto dall'interpellato, essa gioverà pur sempre a precisare i fatti vera- « mente controversi, che dovranno formare il soggetto di altre prove.

« L'interpellazione impone l'obbligo a quegli a cui è diretta di rispondere categoricamente « in guisa che non rispondendosi, i fatti in essa compresi si avranno per confessati.

« Ma affinchè la interpellazione produca tali effetti, la dottrina richiede: 1° che per la na- « tura dei fatti la interpellazione sia ammissibile o dichiarata tale dal magistrato; 2° che i « fatti siano nettamente indicati, onde niun dubbio possa cadere sull'oggetto della interpella- « zione; 3° che si ecciti esplicitamente la parte contraria a rispondere, dovendosi altrimenti « ritenere per sussistenti i fatti medesimi. » *Relazione* PISANELLI.

Più avanti, parlando *del giuramento decisorio*, la Relazione aggiunge: « La interpellazione « può ancora rivestire una forma più importante, imperocchè il giuramento decisorio defe- « rito da una parte all'altra *non è che un'ultima e solenne interpellanza*, la quale non si con- « tenta più di una semplice risposta, ma richiede che questa sia avvalorata chiamando Dio in « testimonio della verità dichiarata, ed offre in compenso, quando il giuramento venga pre- « stato, la verità della causa ».

La interpellazione semplice e la interpellazione con giuramento sono adunque due specie distinte dello stesso genere di prova, differenziantisi nell'ordine soggettivo anzichè nell'oggettivo; quest'ultima assai più energica per la forza d'impressione che vuole esercitarsi sulla coscienza dell'avversario; più comprensiva nello spazio e nella materia, benchè non punto illimitata; e per convenzione giudiziale più decisiva. Nondimeno il criterio di verità che risulta da codesti mezzi di prova, la critica che si è costretti a farne, si governano da principii giudiziarii e logici in parte comuni.

Articolo 216.

La parte che vuole interrogare l'altra sopra fatti relativi alla causa, deve dedurli specificatamente per articoli separati.

Annotazioni.

1. *Delle persone a cui può dirigersi la interpellanza per interrogatorii.*

Ci è d'uopo supporre che le parti che stanno in giudizio siano legittime, e vi stiano anche legittimamente; altrimenti non potrebbero essere interpellate, lo sarebbero senza effetto, e respingerebbero le domande per quella stessa ragione per cui respingono il giudizio.

La questione nasce: *a) quando l'interpellato non sia che un rappresentante di persona incapace, e non personalmente obbligato; b) quando l'interpellato possegga personalità civile ma imperfetta, e non abbia la pienezza dei suoi diritti; c) quando l'interpellato non sia che un agente di un corpo morale, il rappresentante di una unione di interessati, che non possono o devono rispondere individualmente.*

Nella prima specie è il *tutore*. All'effetto della interpellazione giudiziale (prego di tener conto della restrizione) egli si considera parte

per tutto quanto è nelle sue facoltà amministrative, e sino a quel punto in cui si presenta un subbietto eccedente queste sue facoltà, e trascorrente in quella sfera di alienazione che a lui è interdetta dalla legge civile. Come non potrebbe alienare, così non può essere interpellato per accertare un fatto d'alienazione, non potendo le sue confessioni obbligare il pupillo.

Sono nella seconda specie il *minore emancipato* e la *donna maritata*.

Posto in principio che *la interpellazione è circoscritta dalla capacità giuridica del rispondente*, ne consegnita che non potrà esser interrogato che *sui fatti di semplice amministrazione*, giusta il limite imposto alla sua facoltà dall'articolo 317 del Codice civile.

La *donna maritata*, che sta legittimamente in giudizio, può essere interpellata nel limite della sua podestà economica, e sui diritti per essa disponibili (art. 1399, 2° capoverso, 1424 e 1427 del Codice civile). Esistendo la comunione, la moglie non può esser interpellata sui fatti dell'amministrazione (art. 1438 del Codice civile). Altro sarebbe in giudizio di separazione (art. 149 e seg. dello stesso Codice), nel quale, senza dubbio, i coniugi in lite possono mandarsi vicendevolmente delle interrogazioni. Quanto alla nota ed agitata controversia, *se al marito che è solo in causa, ove si tratta di azioni in cui la moglie ha interesse*, le interpellazioni possano rivolgersi, accetteremo la giurisprudenza comune che professa doversi interpellare il marito e non la moglie: questa si considera virtualmente in causa, legalmente rappresentata com'è dal marito (Pigeau, *Comment.*, t. I, pag. 183; Favard de Langlade, t. III, p. 113; Carré, quest. 1224; Dalloz, ecc., e gran numero di decisioni).

Ma che succede in fatto di pubblici stabilimenti, di amministrazioni, di società e simili? L'*interrogatorio* è un mezzo che può avere nel merito della questione un'influenza anche decisiva. Le interpellazioni in forma di semplici interrogatorii furono in uso presso gli antichi; e una rubrica che abbiamo del Dig. de interrogatione in jure faciendis, lib. XI, tit. 1, ce ne porge il carattere e lo scopo; e solevano riguardare le qualità generali, per esempio se taluno fosse erede, o certi fatti che avevano rapporto coll'azione, non però un rapporto decisivo, per esempio in giudizio di rivendicazione, se il convenuto fosse possessore. Le *interrogationes* versavano sui preliminari del giudizio, quasi preparatorie. La pratica vi sostituì, o vi aggiunse, se meglio vuol dirsi, le *posizioni*. Giurate dal *ponente* a purgarsi di calunnia, giurate dal *rispondente*, più degli interrogatorii in uso oggidì, e molto meno del giuramento decisorio, le posizioni esprimevano dalla coscienza risposte che valevano tante volte la vittoria della causa.

Il carattere compressivo che ha l'interrogatorio; la sua tendenza ad organizzare, uscrò questa frase, una confessione giudiziaria; l'effetto reale che produce appunto di una confessione giudiziaria, fanno *che solo chi può confessare validamente ed efficacemente* può essere di questa maniera interpellato. Lo abbiamo già detto nelle superiori note.

Rispetto al presente quesito è da ricordare essere stanziato nell'articolo 336 del Codice di procedura civile francese le pubbliche Amministrazioni dover nominare *un amministratore* o *agente*, specialmente autorizzati *pour répondre sur les faits et articles qui leur* (cioè agli amministratori degli stabilimenti) *auront été communiqués;* senza pregiudizio di far interrogare *sui fatti loro personali* quelli che stanno come rappresentanti in causa. Questo sistema viene, per quanto è possibile, applicato alle società di commercio (Pigeau, *Commentaire*, t. I, pag. 594). La indicata disposizione non è mai stata adottata nella nostra legislazione. Non si è dunque voluta. Seguendo in questa la teoria del giuramento decisorio, l'*interrogatorio è personale*, e riguardar deve *fatti personali del rispondente*. Qui però si offre una notevolissima differenza tratta dalla diversa natura di codesti mezzi: che gli interrogatorii più facilmente si ammettono, *bastando ch'essi possano avere un'efficacia d'influenza, una conclusione qualunque interessante il merito*, ancorchè non valgano come spada e scure a tagliar la questione dalla radice, e perciò possono deferirsi eziandio a coloro che, nella loro qualità di rappresentanti, non hanno totalmente il *dominium litis* e facoltà di decidere assolutamente la controversia col loro giuramento.

Veniamo all'applicazione.

Il sindaco pel suo municipio, il gerente per la società di commercio, non possono col loro giuramento mettere in essere dei fatti, l'affermazione dei quali equivale all'alienazione. Se trattasi di un giudizio di rivendicazione intentato contro un municipio, il sindaco non potrà esser interrogato sopra una cessione o transazione che risolverebbe la disputa; risponderà dei fatti della sua propria amministrazione in quanto l'ammetterli o il negarli influisca in qualche modo nella questione. L'amministratore, il gerente della società, potrà forse subire delle interpellazioni anche più importanti,

secondo la estensione delle facoltà di cui è rivestito ad obbligare i soci. In genere osservando la regola *che la capacità obbligatoria dell'interpellato è la misura dell'interpellazione*, non si andrà in fallo. Il corpo rappresentato non entrerà, sotto veruna forma, in giudizio per emettere una confessione, ove ciò non avvenisse per moto al tutto spontaneo. Darò un esempio: un Comune o un pio Stabilimento non sarà tenuto a rispondere di fatti personali, che affermati inchinderebbero una transazione per mezzo del proprio sindaco o rappresentante; ma se il Consiglio comunale o quello del pio luogo, regolarmente agendo, lo autorizzasse a dare o ricevere una interpellazione decisiva della controversia, credo si dovrebbe ammettere.

Vuolsi inoltre avvertire, in materia specialmente di società, che la teoria si modifica secondo la natura della società medesima; che quando trattasi di *rappresentanza artificiale*, e non naturale e necessaria, niente impedisce che non possano essere chiamati in causa gli obbligati, e personalmente interpellati. Così in una società civile, non rivestita di una vera personalità legale, possono interpellarsi i singoli; non altrimenti dirai di certe società commerciali in certi determinati casi, il che non si potrebbe qui dichiarare senza eccedere il confine che ci è imposto e che siamo di continuo tentati di oltrepassare.

2. *Sulla materia degli articoli.* Caratteri che devono verificarsi.

a) Pertinenza; b) Concludenza. Devono presagire un risultato, contenerne la possibilità. Insufficienti, inetti a raggiungere uno scopo; inverisimili; che difettano di un estremo essenziale; per esempio, non inchiudenti la causa di una obbligazione controversa, si rigettano (Cassazione, 25 giugno 1859, BETTINI, t. XI, pag. 441). *c) Legalità.* Per legalità intendo che questo genere di prova non incontri ostacolo nella legge generale e nei principii che governano il sistema delle prove (art. 1364 del Codice civile). I francesi fanno la questione della *moralità* della interpellazione; dicono, e alcuni propugnano lungamente, che non deve potersi esporre l'interrogato a fare delle rivelazioni o sconvenienti o turpi in danno proprio (BERRIAT SAINT-PRIX, pag. 312, nota 6, n° 3; BONCENNE, DALLOZ, ecc.). Per noi è questione decisa dall'art. 1364 del Codice civile; e già lo era dall'art. 1474 dell'albertino. *Un fatto delittuoso* non può esser soggetto di giuramento, e non può esserlo d'interrogatorio giudiziale. Per noi adunque la *legalità* comprende anche il requisito della moralità. *d) Personalità.* Niuno risponde che dei fatti suoi proprii. *Rimane perciò esclusa la interpellazione della scienza?* Anche la scienza, in quanto l'intelletto e la coscienza rispondono, può considerarsi un fatto del rispondente. La questione sarà allora non del fatto proprio, ma piuttosto della *concludenza*.

3. *In quale stato di causa si può introdurre la prova per interrogatorii?* Nelle cause ordinarie il limite è fissato dall'art. 175. Nelle pretoriali la forma è regolata dall'art. 424; e la norma del tempo non può esser che quella dell'art. 201.

4. L'esperienza degli interrogatorii lascia intatta ogni altra specie di prova, e in certa guisa le precede tutte; si direbbero scorridori spinti avanti per tentare il terreno, per pigliare una posizione. Vi è da guadagnare e poco o nulla da perdere. L'interrogatorio suol essere addentellato di un esame testimoniale quando si ha bisogno *di un principio di prova scritta.*

Articolo 217.

L'ordinanza o la sentenza che ammette l'interrogatorio delega un giudice per ricevere la risposta, salvo che ordini che sia data all'udienza.

Quando l'interrogatorio sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno per rispondere, sempre che le risposte si debbano dare all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza ordina la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato per stabilire l'udienza o il giorno per l'interrogatorio.

Annotazioni.

La legge questa volta non dice che la prova si fa colla forma degli incidenti. Ma colla parola *ordinanza* ce lo fa intendere.

Nondimeno, in circostanze gravi, la risposta all'interrogatorio può essere rimandata alla pubblica udienza. Sentiamo la relazione Pisanelli: « Per raggiungere più sicuramente lo « scopo cui è diretto l'interrogatorio, fu di-

« senssa la opportunità di stabilire che le ri-
« sposte siano date in ogni caso davanti l'in-
« tero collegio in udienza pubblica. — La so-
« lennità dell'apparato è certamente un gran
« freno alla tergiversazione e alla menzogna.
« La parte che si trova davanti l'intero colle-
« gio, soggetta agli sguardi scrutatori di co-
« loro che devono giudicare della controversia,
« si mette ad un grave rischio cercando di
« occultare la verità con risposte evasive, con
« false asserzioni o falsi dinieghi; il calcolo
« delle risposte premeditate può esser ben
« presto sconcertato dalle domande di schiari-
« menti su nuovi fatti connessi a quelli artico-
« lati, e l'imbarazzo delle contraddizioni, ac-
« compagnato dalla pubblicità dell'onta, fini-
« rebbero per abbattere l'audacia di chi fosse
« straniero al sentimento d'onore. Non parve
« tuttavia conveniente di prescrivere tale so-
« lennità come misura sempre necessaria ne-
« gli interrogatorii, nè di renderla obbligatoria
« soltanto perchè ne sia fatta istanza dalla
« parte ». E qui, dopo avere additati gl'in-
convenienti che deriverebbero da un incongruo
sistema di rigore, finisce dicendo: « Il progetto
« (che fu tradotto in legge) lascia quindi all'ap-
« prezzamento dell'autorità giudiziaria la con-
« venienza di delegare un giudice per ricevere
« le risposte all'interrogatorio o di ordinare
« che le medesime siano date alla udienza del
« collegio ».

E poichè la domanda potrà sempre a questo effetto portarsi all'udienza e seguirne un contraddittorio, il collegio, decidendo, pronuncia una sentenza; e nell'articolo si dice: *ordinanza* o *sentenza*.

Articolo 218.

La risposta agli interrogatorii deve darsi dalla parte in persona senzachè possa valersi di scritto preparato a quest'uopo.

Quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

Annotazioni.

1. Il rito di rispondere verbalmente e non *per iscritto* agli interrogatorii è assai antico: l'Ordinanza del 1667 lo ricevette da leggi e pratiche anteriori.

2. La contraria parte può opporsi all'ammissione degli interrogatorii, o manchino i requisiti che la prova deve avere (*V.* nota 2ª all'articolo 216), o la posizione o stato della questione vi ponga ostacolo. Se uno sostiene di non essere erede, se tale è il suo sistema di difesa, se insiste onde si pronuncii sulla sua eccezione, ha causa per respingere un interrogatorio diretto a stabilire la sua risponsabilità ereditaria. Ma l'interrogatorio ammesso, non appellabile o non impugnata la sentenza, deve comparire e rispondere, *salvo impedimento legittimo*. Il suo contegno negativo implica una confessione: così la legge. Da ciò l'obbligo dei giudici di non accogliere che domande positive in articoli ben precisati, rigettando le dubbie alternative o condizionali che in queste cose renderebbero incerta e contenziosa la confessione presunta.

3. Ma a questo punto si mette il piede in gravi difficoltà, la somma delle quali si è la *inscindibilità della confessione*.

La confessione della parte contraria è di fatti l'aspirazione e lo scopo degli interrogatorii. Allora subentra la severa disposizione della legge civile a regolarne gli effetti. *La confessione giudiziale forma prova contro colui che l'ha fatta* (art. 1336 del Codice civile). Ma in favore del confitente sta la regola dell'articolo 1360. *La confessione giudiziale* o *stragiudiziale non può esser divisa in danno di chi l'ha fatta.*

Non posso approfondir l'argomento: dirò poche cose. Dichiaro in primo luogo che io debbo far astrazione dalle teoriche che i pubblicisti vengono preparando per migliorare la legislazione (Belime, *Philosophie du droit*, t. II, lib. 6, cap. 10, § 1; Pescatore, *Logica del diritto*, vol. 1, pag. 145 e seg.). Ma anche dopo tale protesta chi si accosta a questo subbietto e vede la giurisprudenza errare incerta nelle sue norme direttive e finire col non adottarne alcuna, formando tante specie e singoli apprezzamenti quante sono le controversie che insorgono, si sente pure la necessità di scoprire un qualche principio che serva di guida.

Nella vecchia prassi e in non pochi Codici di procedura soleva imporsi all'interrogato la regola *di dare risposte pure e semplici*, onde sapeva in precedenza che le condizionali, duplici, alternative non gli varrebbero, ma gli ricadrebbero in danno. Contuttociò se le proposte erano di maniera che a quelle satisfare non si potesse senza risposte qualificate

molteplici o complesse, si ammettevano *ut talis sit responsio, qualis precessit interrogatio* (MASCARD., conclus. 1176; MENOCH., *De arbitr. jud.*, cas. 251; CARPAN, *Super Statum Mediolanensem*, cap. 83, n° 73, 88, ecc.; MICHALOR., *De posit.*, cap. 42). Avviene non rare volte che gli articoli comprendano un insieme di fatti, e allora chi risponde gli abbraccia come crede o come può nelle sue risposte, e sarebbe impossibile dettar intorno a ciò delle regole *a priori;* quella stessa, primaria e fondamentale, che ci porge l'articolo 1336 del Codice civile, mescolandosi con un complesso di fatti, sarà luce al criterio del giudice, ma a sua volta il criterio del giudice si applicherà a ravvivarle, facendone discreto e conveniente uso nelle svariate combinazioni che si presentano.

È nel caso semplice che deve cercarsi il principio. L'interrogante accorto suole proporre domande misurate al bisogno della prova di cui va in traccia, e di cui manca: dovendo provare un mutuo, si limiterà a domandare se il suo avversario non abbia da lui ricevuto a titolo di mutuo cento lire. Egli tenta di porre l'avversario in una posizione difficile, e lo costringe a far un'aggiunta ch'egli si riserva poi di combattere, se vuol porre in essere il pagamento e la restituzione del mutuo. Resta ancora a definirsi se la formola *ho ricevuto ma ho restituito*, sia indivisibile. Può bene opporsi la regola del Codice; ma si può anco rispondere che la regola ha luogo nei fatti connessi, ossia per tutte quelle circostanze che concorrono a determinare il fatto storico o il titolo obbligatorio, senza le quali non sarebbe compiuto, o non esisterebbe in quel dato modo: per es., domando a taluno se mi abbia promesso di pagarmi cento in un dato luogo e tempo, quegli rispondo che la sua promessa era dipendente da una condizione che non si è verificata. Non potrà dividersi una tale confessione; ciò è manifesto, perchè cade sopra un fatto che non sarebbe più quello se non si accettasse colle sue qualificazioni e condizioni. Ma chi dice ho ricevuto ed ho pagato; ho promesso, ma ho anche adempito alla promessa, pone due fatti distinti, separati d'indole o di tempo, che non hanno punto necessità di stare insieme, e che nell'ordine delle prove sono di loro natura diversi, mentre all'attore incombe provare il primo, al reo incombe provare il soddisfacimento. Il MICHALORIUS, sottilissimo esploratore della materia, dedica un lungo capitolo a questa tesi, *mutuum si fuerit secreto restitutum quomodo tute responderi possit* (*De posit.*, cap. 44), e reca in mezzo sei opinioni differenti sostenute da gravissimi autori e quasi tutte appoggiate a sentenze di tribunali, lasciando per parte sua la questione indecisa. Credo di potere asserire che negli scrittori francesi, che per brevità non posso nè citare nè esaminare, la questione non è meglio precisata.

La separazione di codesti fatti, proprio al rigore della formola proposta, sembra per altro stabilita in un responso di PAOLO nella Leg. 26 § ult. Dig. depos. vel contra.

Soluzione. — Tentando di sciogliere il nodo ci si presenta naturalmente una prima considerazione, ed è, che la prova per interrogatorii, a differenza del giuramento decisorio, non ha punto bisogno di proporre alla coscienza dell'interpellante *tutta la lite*: può proporre semplicemente alcuni fatti, alcune circostanze influenti od utili, anche staccate e da riunirsi ad altri mezzi di prova. Ma quando l'attore stima convenirgli di sottoporre alla moralità dell'avversario il soggetto stesso della lite e la sostanza della questione che fra loro si agita, qualunque sia, più o meno artificiosa, la formola che adopera, egli acconsente allo stesso suo avversario la piena libertà della risposta, e deve prepararsi alle conseguenze che potranno anche derivarne a danno suo. Lo scopo del vostro giudizio è di farmi condannare a cento lire a restituzione della somma che supponete avermi prestata. *Proponendo alla mia coscienza la esistenza del prestito, proponete in sostanza la esistenza del debito.* Voi non potete a vostra posta dividere il fatto storico per involgermi nelle difficoltà e costringermi a dire la verità a mezzo, o a rendermi inutile la risposta complessa e piena che io darò. Parmi che il PESCATORE abbia espresso questo medesimo concetto con quelle parole: « Il « soggetto intero della questione vertente fra « i litiganti è sempre il soggetto dell'interro- « gatorio: *l'interrogante non può dividere in « parti il soggetto della questione e limitare a « una delle parti il soggetto dell'interrogato- « rio* ». Solo io non convengo in questo che tale sia *sempre* il soggetto dell'interrogatorio, in ciò diverso dal giuramento decisorio che deve abbracciar tutta la lite, potendosi esibire interrogatorii sopra fatti e circostanze della causa: *ma se l'intendimento dell'attore è di proporre il punto decisivo*, il rispondente seguendolo su questa via non può esser arrestato a mezzo nella risposta: la prova non sarebbe seria, nè morale, nè giusta. Quindi col rispondere *ho pagato la somma che mi avete prestata* o simili, la risposta non può esser divisa.

Per altro il diritto della risposta e la sua inscindibilità non forma *sempre* prova per il ri-

Digitized by Google

spondente; ed in ciò anche una volta la risposta ad interrogatorii si distingue dalla risposta giurata. Ciò avviene:

a) Se le risposte siano contraddette dagli atti, o con altri mezzi l'attore possa giustificare il suo assunto (Cassazione, 9 marzo 1859, Relazione Gervasoni, *Gazzetta dei Tribunali*, 1859, I, 158);

b) Se le circostanze aggiunte non versano non dirò sul medesimo fatto ma sul medesimo oggetto, e mirano a costituire un titolo separato e diverso di azione (Cassazione, 9 novembre 1857, BETTINI, IX, 1, 848. — *V.* TOULLIER, t. X, n° 385; MERLIN, *Répertoire*, v° *Confession*);

c) Se le risposte siano ambigue, inverisimili, subdole, capziose (suddetta decisione, 9 marzo 1859; Cassaz., 7 genn. 1851, BETTINI, III, 1, 1).

4. Ordinariamente l'interrogatorio è rappresentato da una serie di capitoli che richiedono separate risposte; non ne segue però *che il giudizio abbia a portarsi sulle singole parti e non sul complesso*, nè può accettarsi la dottrina del BONCENNE, che i distinti e separati articoli « donnent lieu à autant d'aveux « ou de dénégations. Chaque aveu ne peut en « soi être divisé, mais il n'est pas défendu de « le séparer de ceux qui précèdent et qui « suivent ». Non dico già che *sia proibito* di ciò fare; sarà un apprezzamento di fatti e di circostanze, consigliato dalla naturale loro singolarità e indipendenza: ma il principio regolatore della critica giudiziaria è l'unità in quanto è possibile; una parte del discorso non deve esaminarsi separatamente dall'altra se la materia non sia per sè affatto distinta; il giudizio stesso della contraddizione, negando la possibilità di un accordo, suppone uno studio di analisi applicato all'insieme.

Discende da tutte queste considerazioni che al giudice è dato, al senno, alla equità di cui dev'esser fornito, il dominio della interpretazione, e gode sino ad un certo punto della *incensurabilità*, purchè procedendo oltre, ed incontrando quegli elementi giuridici che di sovente dànno a un certo stato di fatto una qualificazione determinata dal diritto, sappia conoscerli e rispettarli.

Similmente ritrae il giudice dalla sua attribuzione di decidere il fondo della controversia la facoltà di mettere in relazione le risposte colle risultanze del processo, e da tale esame dedurne la forza provante e il valore effettivo.

5. *Sul principio di prova scritta che può desumersi dalle risposte agli interrogatorii.* È d'uopo presupporre che il risultato non corrisponda *perfettamente* all'intenzione del proponente, e nondimeno non sia privo in tutto di efficacia in ordine alla prova. Il rispondente si è messo sulla negativa, questo sembra il suo scopo, ma qualche cosa ammettendo, qualche altra dubbiamente impugnando, fa sorgere una presunzione qualunque di verità a favore della pretesa contraria, e fornisce degli indizi che non sono una prova, ma possono chiamarsi *un principio di prova*, addentellato di una prova per testimonii che altrimenti non sarebbe ammissibile. Questo sistema fu contrastato, ma oggidì è al sicuro da ogni seria opposizione (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1262; BONCENNE, t. IV, pag. 551; DALLOZ, ecc., e decisioni molte e conformi).

6. *Sull'accettazione della confessione* o *tacita* (risultante dalla non comparsa dell'interpellato) o *espressa*. La legge ha detto: *la confessione giudiziale forma piena prova contro colui che l'ha fatta* (art. 1356 Cod. civ.). Non fa dipenderne la efficacia giuridica dall'accettazione. Ciò basta. Fra le varie opinioni trovo convincente la ragione del BELIME (*Philosophie du droit*, t. II, p. 665). « Ici il n'est pas « question de m'acquérir un droit; *il s'agit* « *seulement de former la conviction du juge* « et certe ce qui forme cette conviction c'est « l'aveu même de mon adversaire, ce n'est pas « mon acceptation. » Sotto l'aspetto dell'*elemento convenzionale*, che certamente si congiunge all'*elemento logico* costituente la prova (*V.* n° seguente), l'accettazione, che potrebbe volersi necessaria, *esiste nella stessa proposta* o provocazione giudiziaria di una confessione sulla quale il provocante viene a stabilire il suo titolo, da lui come anticipatamente accettato; *esiste a posteriori coll'uso che fa in giudizio* della confessione, traendola a proprio profitto.

7. E qui pure la legge ha detto con rimarchevole insistenza: *Non può rivocarsi quando non si provi ch'essa fu la conseguenza di un errore di fatto, non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto.* E deriva dall'elemento convenzionale, come in una bella monografia insegnò il PESCATORE (*Logica del diritto*, vol. I, p. I, cap. 16). Onde, civilmente parlando, la confessione contiene una vera rinuncia di diritto, una transazione, la volontà di terminare la lite, l'acquietamento spontaneo all'altrui pretesa, eziandiochè ingiusta o almeno esagerata potesse considerarsi per se stessa. Il diritto non può ignorarsi, *et volenti non fit injuria*. Ne consegue che *per solo errore di fatto è lecita* moralmente, *è possibile* giuridicamente la revoca della propria confessione.

Articolo 219.

Nel processo verbale si fa risultare delle interrogazioni e delle risposte.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere.

§ 2.

Del giuramento.

OSSERVAZIONI GENERALI

Il rito descritto in questo paragrafo ci appare molto semplice; pochi ordinamenti lo compongono, e ne fa desiderar quelli di cui era ricco il Tit. XI del Lib. IV del Codice di procedura civile del 1859. Chi legge la Relazione del Ministro che presentò il primo progetto al Parlamento, ove si scorge delineato un sistema pieno di cautele e di avvedimenti quale si addice a sì grave e difficile subbietto, si maraviglia a tanta che potrebbe chiamarsi ignuda semplicità del Codice, crede avvenuto un radicale cangiamento nelle idee; ma avvenne soltanto un cangiamento di metodo. Nel diritto di priorità che ha la legislazione civile sulla giudiziaria, non poche delle disposizioni che facevano parte della procedura, si richiamarono al Codice civile (Tit. IV, capo 5, sez. 5, § 1). Ivi sotto la rubrica *giuramento decisorio*, per distinguerlo dal *giuramento deferito d'ufficio*, negli articoli 1366 al 1372 si dettano precetti che furono stimati materia del diritto giudiziario; e parmi atto di sapienza legislativa. La prova quando è sistemata dal legislatore, e non abbandonata alla convinzione morale dei giudici, costituisce condizione di rapporti giuridici, onde la distinzione che il legislatore ha bene apprezzata fra le sue forme essenziali e quelle modalità che occorrono a metterla in atto, le quali appartengono alla legge del rito. Ma quelle disposizioni che ora troviamo disgiunte per alte ragioni di metodo, noi dobbiamo ravvicinare per comprenderne le relazioni e misurarne i pratici effetti.

Articolo 220.

Il giuramento decisorio si può deferire in qualunque stato e grado della causa.

Chi lo deferisce deve proporne la formola.

Annotazioni.

1. « Può deferirsi (il giuramento) in qualun-« que stato si trovi la causa, *ed anche quando* « *non vi sia alcun principio di prova della do-* « *manda* o *della eccezione sulla quale si defe-* « *risce il giuramento* » (art. 1366 del Codice civile). Noi abbiamo in ciò esattamente seguite le traccie del diritto romano (Leg. 12 e penult. Cod. de rebus creditis; Leg. 11 § 3; Leg. 35 prin. Dig. de jurejur.; Leg. 25, § pen. de probat.).

Come la legislazione italiana ha preso molto avanti il passo sulla francese in questa materia del giuramento giudiziale, così la giurisprudenza ha progredito. La prova del giuramento, senza perdere la sua importanza di rimedio sovrano e di risolvente eroico, per così chiamarlo, della crisi giudiziaria, nei nostri concetti probatoriali ha trovato dei limiti. Nell'articolo 1364 del Codice civile sono prescritti codesti limiti; e quantunque il citato articolo 1366 intenda a favorire la prova ed agevolarne l'ammissione, è stato ritenuto dalla dot-

trina e dalla giurisprudenza che il favore espresso dalla legge costituisca esso pure un limite che non si può oltrepassare. Recherò un notevole passaggio della dottrina del PESCATORE: « Diciamo, col testo della legge, che « il mio avversario *può*, cioè ha diritto di de« ferirmi il giuramento decisorio della lite, « benchè il suo assunto negato da me non sia « convalidato da alcun principio di prova; « dunque (ne deduciamo) *per la sola defi« cienza di ogni principio di prova* il giudice « non ha diritto di rigettare quel giuramento. « Ma non estenderemo questa disposizione di « *gius singolare* ad un caso diverso, *che non « appare in modo sicuro* sia stato egualmente « apprezzato dal legislatore: se dunque l'as« sunto del mio avversario, oltre all'essere « sprovveduto di ogni amminicolo favorevole, « *si trovi già combattuto da una prova od an« che solo da un principio di prova in contra« rio*, il giudice avrà facoltà di rigettare an« che il giuramento decisorio deferitomi in « forma di decisione » (*Sposizione della procedura civile e criminale*, vol. 1, pag. 250). Decisioni in questo senso: Corte di Casale, 12 febbraio 1856; Cassazione, 27 novembre 1856, BETTINI, tom. VIII, p. 1, pag. 880; Corte di Genova, 17 giugno 1856, BETTINI, VIII, 2, 816; Corte di Torino, 9 giugno 1857; BETTINI, IX, 2, 491; Corte di Genova, 29 novembre 1859, Corte di Cagliari 1° luglio 1857; BETTINI, IX, 2, 580). In codeste decisioni (che non sono le sole che possano citarsi) ora si trattava che il deferente si metteva in contraddizione colle proprie affermazioni e coi proprii assunti, ora che la parte contraria aveva più o meno concludentemente provata la sua azione o la sua eccezione.

2. **Precedenti storici.** — Mi permetto di insistere alquanto su questo tema molto grave e non bene ancora assicurato. Proverò che la dottrina è antica e già insegnata dai migliori interpreti del diritto romano, fondata principalmente sul principio che la prova del giuramento decisorio, quantunque tanto potente, è di sua natura SUSSIDIARIA, come sono nell'ordine civile tutte le testimonianze della coscienza. « Sunt et justæ causæ (VOET, *ad « Pand.*, de jurejur., lib. XII, tit. 2, n° 15) « propter quas delatum jusjurandum neque « suscipiendum est ab adversario neque refe« rendum, veluti... si jam plene per eum, cui « defertur, intentio vel exceptio probata sit; « *eo quod jusjurandum subsidiarius tantum « probandi modus est*, qui ueque contra mani« festas alias *ordinarias probationes legitimas « atque sufficientes* operari debet, si forte ex « relatione ejus, qui plene probavit, præsta« retur; neque probationi per se fidem plenam « facienti robur majus, majoremve fidem ad« dere debuit si is qui probavit, insuper ex de« latione juraret ».

Nulla di più autorevole in questa materia del diritto canonico. Ecco una Decretale di Alessandro III: « Sane quoniam apud vos con« suetum esse didicimus, *ut quum aliquis in« tentionem suam fundaverit, instrumentis aut « testibus*, ei sacramentum nihilominus defera« tur: quod si subire noluit, fides probationi« bus non habetur. Nos (cum tunc demum ad « hujusmodi suffragium recurrendum *cum aliæ « legitimæ probationes deesse noscuntur*) TA« LEM CONSUETUDINEM REPROBAMUS » (cap. 2, de probat.).

In questo modo è tutelata la libertà di diritto: il dover giurare a posta altrui è una imposizione seria, alla quale non si deve soggiacere quando si è acquistata nel processo una posizione vantaggiosa: il VOET, e con lui il FABER e il CARPZOVIUS, porta una ragione morale, che vale ora e sempre. « Et sane ni ita « statuas haud raro futurum est, ut justissi« mam foventes litem probationibus luce me« ridiana clarioribus adstruendam causa ta« men cadant, *dum ipsis ad superstitionem « forte timidis metu divini Numinis, et suc« cumbere quam jurare malentibus*, adversa« rius horum non ignarus jusjurandum ea de« ferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo qui « jurare non audet, etiam cum evidenti per« jurii periculo referatur. »

3. **Questione.** — *Se possa proporsi il giuramento in conclusioni sussidiarie.* Il disputare che se ne fa in Francia cade principalmente sulle conseguenze, ossia sulle qualificazioni che devono attribuirsi al giuramento proposto *in conclusione sussidiaria.* ZACHARIA (t. III, § 753) disse ch'esso non perderebbe per ciò il carattere di decisorio. I suoi diligenti e severi annotatori, AUBRY e RAU, respingono questa sentenza, e provano all'appoggio di autorità e di decisioni *che il giuramento deferito da una parte, la quale ha fatto valere tutti i mezzi atti a giustificare la sua domanda o la sua eccezione, non sia che un giuramento suppletorio.* Altre decisioni, dicono gli stessi autori, hanno dichiarato *che, quando il giuramento non sia stato deferito che sussidiariamente, il giudice può, secondo le circostanze, considerarlo come un semplice giuramento suppletorio, o come un vero giuramento decisorio.* « Queste differenti decisioni, prose« guono, benchè divergenti fra loro, *sono non« dimeno tutte fondate sulla idea che un giura-*

« *mento non può esser decisorio* se non quando « colui che lo deferisce faccia da esso dipen- « dere *unicamente* ed *esclusivamente* la deci- « sione della causa ». Ma egli è un errore, secondo questi scrittori di cui accetto la dottrina. Se il giuramento decisorio è quello da cui dipende la decisione della causa, « ciò non « è nel senso *che il giuramento dee essere l'u- « nico mezzo cui propone quegli che il deferi- « sce*, ma bensì nel senso che il deferire il « giuramento debba avere per risultamento di « porre termine necessariamente e irrevoca- « bilmente al litigio, » ecc.

Conclusione sussidiaria è quella con cui si chiede l'ammissione del giuramento decisorio, *qualora le prove che lo stesse comparente ha dedotte*, o *è per dedurre, non fossero stimate sufficienti al suo assunto*. Non troverei che neppure nel nostro sistema avesse a respingersi una domanda che, come benissimo fu osservato, si risolve in un giuramento suppletivo.

Articolo 221.

Il procuratore non può deferire, accettare, o riferire un giuramento decisorio, rivocare il giuramento deferito, o dispensare dal prestarlo, senza mandato speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Articolo 222.

L'ordinanza o la sentenza che ammette un giuramento ne contiene la formola, e prescrive che si presti all'udienza, salvo che per motivi gravi sia delegato un giudice per riceverlo.

Quando il giuramento sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno in cui dovrà essere prestato, sempre che debba prestarsi all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza prescrive la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato, per stabilire l'udienza o il giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi.

Annotazioni.

1. A due questioni molto diverse si applica la mente del giudice. *È ammissibile il giuramento? Deve accettarsi* o *riformarsi la formola del giuramento?* Requisiti del giuramento decisorio per la sua ammissibilità sono: 1° *la sua attitudine e capacità di decider la lite* (Cassazione, 25 giugno 1859, *Gazzetta dei Tribunali*, detto anno, pag. 370; Cassazione, 21 dicembre 1859, *Gazzetta dei Tribunali*, ivi, pag. 538); 2° *la sua relazione coi principii stabiliti dalla legge normale* (art. 1364, 1365 del Codice civile); 3° *deve contenere un soggetto passibile di transazione* (Toullier, t. x, pag. 378; Duranton, t. xiii, n° 54); 4° *deve essere deferito da persona che abbia capacità di transigere, a persona che di eguale capacità sia dotata;* 4° *che non manchi di certi caratteri di credibilità; non appaia inverisimile; non sia contraddetto da prove acquisite alla parte contraria, o in grave opposizione colle deduzioni stesse del proponente.*

2. La formola. — L'ordinanza o la sentenza *contiene la formola;* questo testo può stare in varie ipotesi, o che non vi sia stata opposizione alla formola esibita, o la opposizione sia tornata inutile, o il tribunale abbia ridotta la formola controversa a termini di verità e di ragione.

La parte che ha deferito il giuramento può revocarlo (licet pœnitere) in tre momenti del processo: 1° anzichè la parte contraria abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo; 2° prima della sentenza di ammissione; 3° dopo la sentenza, se il tribunale ha variata la formola (articolo 1372 del Codice civile). Nella Relazione Pisanelli se ne diede la ragione: « Il « deferente che si vede impegnato in una pro- « posizione che non è quella da lui contem- « plata, e nella quale potrebbe trovarsi cam- « biata la sostanza della materia articolata, « deve aver il diritto di recedere dal proposito « di far dipendere dalla dichiarazione dell'av- « versario la decisione della controversia ».

La formola può essere combattuta, o perchè *non abbastanza comprensiva*, o perchè riunisca dei fatti e circostanze *estranee*, *as-*

surde o *escluse* nello stato degli atti. La Cassazione, allora sedente in Milano, in una magistrale decisione (4 gennaio 1865, ricorso Alvigini-Carbone, relatore Pescatore), fermati i principii che regolano la materia, statuì potersi risecare e ridurre la formola in quelle parti « di cui sia stabilita legalmente la erro« neità, la quale può risultare da una prova « passiva, o da una presunzione legale in con« trario, o da un complesso di presunzioni ».

Questo è di fatti lo spirito del nostro sistema, che da lungo tempo ha ripudiate le facili dottrine francesi sul giuramento. Nel vuoto del processo il giuramento potrà creare la prova che manca, ma non rendere deteriore la condizione dell'avversario, costringerlo a risolvere, per una specie di violenza morale che gli viene imposta, fatti di cui egli esibisce la prova, o fatti che ha acquistato diritto di espellere dal processo. Con quella decisione della Corte suprema, nella quale io ebbi l'onore di intervenire, fu colpita di nullità una sentenza che aveva ritenute nel dettato della formola certe circostanze impugnate coll'addurre che avrebbero servito a renderla più completa, senza poi occuparsi della relazione che quelle circostanze o ritenute o aggiunte potessero avere colle prove già esistenti, e per le quali si sosteneva in contrario la erroneità loro essere dimostrata.

3. Senza dubbio la *formola* coi suoi caratteri, coi suoi requisiti e colla sua legittima efficienza, appartiene all'essenziale della prova. Quindi l'avervi dato stanza fra le nozioni del Codice civile a noi parve assai buono (Osservazioni generali). Ma perchè colla legge civile non fu messa in relazione la procedura? Del diritto di opposizione alla formola, del modo di farla, della trattazione o decisione di questo incidente della causa, neppure una parola. Non si parla tampoco dell'*accettazione* o della dichiarazione *di riferire* il giuramento, che o è necessario secondo l'articolo 1372, o che almeno si ha pienissimo diritto di fare prima della sentenza, non meno che di elevare questioni sul dettato della formola. Certo è che fra l'articolo 220 e il 222 c'è di mezzo, per così dire, un processo che non si vede, e che io descrivo richiamando, quasi direi, in vigore, l'abolito articolo 280 del Codice del 1859, e riponendolo nel luogo ove dovrebbe stare: « Se « venne deferito un giuramento, e la contro« parte non fa un'esplicita dichiarazione di ac« cettarlo o di riferirlo; se si discute sull'am« missibilità in genere del giuramento o sulla « sua qualità di decisorio, o sui termini nei « quali fu proposto, *può una delle parti pro« vocare la decisione dell'incidente in via som« maria a udienza fissa* ». Questa procedura dunque dovrà tenersi, supplendo razionalmente al difetto del Codice; *non est novum ut leges posteriores ad priores trahantur.*

Articolo 223.

L'ordinanza che stabilisce il giorno per prestare il giuramento è notificata personalmente alla parte che deve giurare, nel termine da essa prescritto.

Tra la notificazione della ordinanza, e il giorno stabilito per prestare il giuramento deve passare un intervallo non minore di giorni quindici.

Annotazioni.

Se il giuramento decisorio si ammetta tanto con una *sentenza* quanto con un'*ordinanza*, e quando ciò sia, è d'uopo un momento indagare, non essendo cosa delle più semplici, o almeno delle più chiare.

L'articolo 222 ne parlava come di cosa indifferente, *la ordinanza o la sentenza che ammette un giuramento*, ecc. Poi nel capoverso si dice precisamente che *il giuramento è ammesso anche con ordinanza:* è dunque cosa intesa; o l'una o l'altra.

Ma quando sarà il caso della sentenza, e quando della ordinanza? Non c'è niente a dire sulla sentenza: ognuno crederebbe che una questione di giuramento decisorio dovesse portarsi contraddittoriamente al collegio, e al collegio appartenesse il deciderla, e quindi non si potesse non proferire una sentenza. Il Codice di procedura sardo, ora cessato, nel Titolo *del giuramento* non parlò mai di ordinanza ma sempre di sentenza. Ora vediamo che basta anche un'ordinanza, *un provvedimento, cioè che si fa in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati*, ecc. Sempre dal giudice singolare, mai dal collegio (articolo 50). Ne segue che la disposizione dell'articolo 206 è applicabilissima anche in fatto di giuramento decisorio, e il presidente *vi provvede* giusta l'articolo 181.

Resta dunque che *non essendo le parti d'ac-*

cordo, il presidente rimetta la causa all'udienza, ed indi in contraddittorio delle parti esca sentenza.

Secondo il letterale, e credo inevitabile, disposto dell'articolo 222, l'*ordinanza* (che non può esser che quella del presidente) non solo contiene la formola come dev'essere (supponendo che sia già stata accettata dalle parti), *ma prescrive eziandio che il giuramento si presti all'udienza, salvo ecc.;* ed è ben singolare che il collegio, nella sua naturale superiorità di corpo, debba porgersi semplice esecutore della ordinanza di uno dei suoi membri, sia pure il primo, che gli impose e il giuramento e la formola e il modo di prestarlo. Si è venuto a questo per troppo amore di semplicità.

Alcuno troverà non meno singolare che il presidente, invocato dalle parti sopra istanza stragiudiziale e quasi conciliativa, sia in grado di conoscere talmente il processo, la natura della questione, i risultamenti che sono per derivarne, da poter decidere *se la prestazione alla udienza, o per motivi gravi*, sia da preferirsi *un giudice del collegio;* e ch'egli, presidente, non avente l'autorità del collegio, possa delegarlo, come sembra in mezzo alla oscurità dedursi dall'articolo 222.

Non competerebbe alla umiltà di questo commento il passare qualche volta nel campo della critica; ma ogni scrittore, io penso, qualunque ristretto compito si proponga, deve sentire ch'egli può bene sopprimere una lode ma non risparmiare una censura, quando nella sua coscienza la creda utile.

L'ultimo capoverso dell'art. 222 sembra voler dire che *se il giuramento non deve prestarsi alla udienza nè davanti un giudice del collegio*, in tal caso l'ordinanza o la sentenza *non stabilisce il giorno in cui il giuramento dev'essere prestato*, ma prescrive soltanto che si debba comparire *avanti il presidente o il giudice delegato per stabilire la udienza* o *il giorno*, ecc. Ma se la ordinanza è pronunciata dallo stesso presidente, perchè non destina egli stesso il giorno nel quale, avanti di lui, il giuramento dev'essere prestato? S'intende la ragione per cui questo deve farsi quando *per sentenza del collegio* è ammesso il giuramento, che non deve prestarsi poi alla udienza ma avanti un giudice delegato.

L'ordinanza adunque può essere di tre maniere: o contiene tanto la ingiunzione di dover giurare che la indicazione del giorno in cui si deve giurare; ovvero contiene soltanto la detta ingiunzione, e non prescrive il giorno, ma solo dichiara avanti quale autorità si deve comparire; o finalmente in via esecutiva non fa che stabilire il giorno in cui si devo prestare il giuramento, che è il caso dell'art. 223.

L'art. 223 dichiara che quest'ultima ordinanza *dev'essere notificata*, ecc., e almeno quindici giorni devono passare fra la notificazione e il giorno in cui si deve prestare il giuramento. Ma le due prime specie di ordinanze, e così diremo la sentenza, non dovranno esser pur esser notificate? E qual termine dovrà decorrere? Certamente dovranno essere notificate, e si avrà sempre cura di lasciare alla meditazione della parte chiamata a rispondere l'intervallo dei quindici giorni.

Articolo 224.

La parte cui è deferito il giuramento ammesso con sentenza, se lo voglia riferire, deve farne dichiarazione prima dell'ordinanza che stabilisce il giorno per prestarlo, altrimenti si ritiene che abbia eletto di giurare.

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Quale rispetto avessero gli antichi per la santità del giuramento, quanto si riputasse periglioso e grave imporre una tale obbligazione, lo attesta l'indispensabile preliminare del *giuramento di calunnia*. Il deferente doveva appressarsi all'ara della giustizia colla coscienza persuasa del proprio diritto, e farne professione solenne (*autent. principales Cod. de jurejur. propter calumn.*, *cap. inhærentes* 1, *de juram. calumniæ*. La glossa aveva partita la formola in cinque capi di attestazioni che il deferente doveva premettere sulla innocenza del fatto suo. E così correva la pratica, regolata dal diritto. Diverso, *quoad objectum et quoad extensionem*, dal *juramentum malitiæ* che non si prestava che di volta in volta che sorgessero dei sospetti; non *super tota causa*, *sed super exceptionibus vel aliis singularibus articulis;* colla quale acqua benedetta, continuamente aspersa sul capo dei litiganti, si credeva purgare la naturale immoralità della lite, e scongiurarne i maligni artificii (*Cap. in appellat. causa* 2 *de juram. calumniæ*, *in* 6° §, *in omnibus aliis causis*, *et glossa in* v° *Malitiæ*). Il *juramentum calumniæ* dicevasi anche *juramentum credulitatis*, mentre il rispondente doveva prestare il *juramentum veritatis;* e non erano, siccom'è

chiaro, in opposizione. Del resto il primo che attestava la buona disposizione morale del deferente, non influendo sull'oggetto della prova, fu abbandonato quando l'età cominciò a sentire ch'era meglio giurar poco per giurare il vero.

2. L'interpellato può liberarsi dal giuramento *col riferirlo* allo stesso suo avversario. Possono trovarsi le norme nella Leg. 34 §§ 5 e 8 Dig. de jurejur. Così si rispetta la suscettibilità religiosa dell'interpellato e la sua libertà morale. Il Codice civile pone questo diritto nell'art. 1367. Pone le limitazioni nei due articoli successivi. Vi è *impedimento estrinseco*, quando l'interpellato dichiarò *di esser pronto a giurare*: è il contratto giudiziale. Havvi *impedimento intrinseco* (in re ipsa) quando « il « fatto, che n'è l'oggetto, non è comune ad am« bedue le parti, ma soltanto proprio di quella « a cui (il giuramento) fu deferito » (art. 1369). Se Tizio abbia rimossa una diga, e con ciò versava l'acqua sul campo del suo vicino, è un fatto di questo genere.

3. *Sul giuramento di scienza.* La scienza di un fatto può esser comune, quindi la facoltà *di riferire il giuramento. Ma è ammesso*, nei nostri costumi, *il giuramento di scienza?*

Io credo potersi ammettere nel solo caso in cui *la scienza stessa costituisca la obbligazione.* In questo solo caso di fatti il giuramento sarebbe decisorio. È una questione di possesso che si pretende clandestino? La *scienza* del proprietario potrebbe costituire in lui obbligazione di rispettarlo. Anche questo giuramento sarebbe irriferibile. Tuttavia non posso dissimulare che il giuramento di semplice scienza si è ammesso molte volte, e le vecchie dottrine lo sostengono. Ma io crederei questa giurisprudenza da riformarsi per ragioni ulteriori che ora mi sono vietate dallo spazio.

4. Ho avuto il displacere di notare più di una volta che questo paragrafo o è troppo scarso, o non è bene ordinato. Eccone sfortunatamente un altro esempio. Dice l'articolo 224 che *se prima della ordinanza che stabilisce il giorno per prestare il giuramento* l'interpellato *non dichiara di volerlo riferire*, si ritiene che abbia eletto di giurare. Ma pare siasi dimenticato che per l'articolo 222 *l'ordinanza che ammette il giuramento stabilisce pure il giorno in cui si deve prestare*, sempre chè, ecc. Come potrà adempiersi al prescritto dell'articolo 224, mentre la parte non è ammonita del giorno se non contemporaneamente alla ordinanza di ammissione del giuramento che gli verrà notificata? È giuocoforza dire che in questo caso l'art. 224 non avrà applicazione, altrimenti si perderebbe senza colpa il diritto di *riferire* il giuramento che è garantito dalla legge normale (articolo 1367 del Codice civile). L'articolo 224 *suppone che vi siano due ordinanze distinte*, una delle quali ammette il giuramento, l'altra fissa il giorno; e fra l'una e l'altra la dichiarazione dovrebbe farsi.

5. *Se la sentenza od ordinanza che ammette il giuramento debba notificarsi alla parte in persona.* Nell'articolo 233 è scritto che *deve notificarsi alla parte in persona* la ordinanza che *stabilisce il giorno per prestare il giuramento*, e d'altro non si parla. Si è più volte, e poco avanti, avvertito che la *ordinanza di ammissione* contiene in certi casi anche la destinazione del giorno. È troppo evidente che in applicazione dell'articolo 223 sarà notificata alla parte in persona. Ma esistendo la sentenza o la ordinanza di semplice ammissione, separata dall'altra, non dovrà nello stesso modo notificarsi? A me pare indubitato. Vi è la stessa, se non più forte ragione. Il giuramento è tutto e solo affare della parte; è un appello alla sua coscienza, alla sua moralità: un agente intermedio non sarebbe che un imbarazzo, forse un ostacolo. L'interpellato ha diritto di godere di tutto il suo tempo, deve concentrarsi nella sua memoria, pensare al grave atto che gli si appresta dall'ardimento o dalla fiducia dell'avversario.

La tradizione giuridica lo conferma (CARRÉ, quest. 506; THOMINE, t. I, pag. 239; BONCENNE, t. II, pag. 508; Corte di Torino, 13 settembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1855, pag. 712; Chambéry, 22 luglio 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 503, ecc.). Non dissento che la sentenza od ordinanza sia da notificarsi eziandio al procuratore, come in alcune di quelle dottrine cautamente si accenna.

Articolo 225.

Quando la parte che deve giurare non si presenti nel giorno indicato, s'intende che ricusi di prestare il giuramento, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

Annotazioni.

1. Questo articolo si occupa del giuramento non prestato, che si ritiene tacitamente ricusato; il seguente, del modo della prestazione, e fa presagirne gli effetti, senza indi-

carli per altro, col più completo abbandono ai principii generali del diritto. L'articolo 1367 del Codice civile dichiara le conseguenze del contegno negativo dell'interpellato: « Quegli « a cui è deferito il giuramento, se ricusa di « prestarlo o non lo riferisce all'avversario, « soccombe nella domanda o nell'eccezione; e « parimente soccombe l'avversario, se ricusa di « prestare il giuramento che gli fu deferito ».

2. L'*impedimento legittimo*, se è permanente (età o malattia cronica), abilita il giudice di recarsi all'abitazione della parte che deve giurare (Corte di Genova, 25 giugno 1851, BETTINI, 1851, t. II, pag. 647). Sta per questo la regola generale dell'articolo 215.

Articolo 226.

Il giuramento si presta in persona dalla parte chiamata a giurare.

Il presidente o il giudice delegato deve premettere una ammonizione, che rammenti l'importanza e la santità dell'atto.

La parte comincia a prestare il giuramento, pronunziando le parole — *Giuro, chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro* — e continua leggendo o ripetendo a voce chiara le parole della formola in cui giura, osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla stessa parte.

Annotazioni.

1. *Della forma religiosa.* La testimonianza è sempre un atto della coscienza, o il rapporto giuridico che deriva dal fatto accertato sia nel nostro, o nell'interesse altrui. Il testimonio e la parte hanno dunque lo stesso dovere morale; la differenza è soltanto nello scopo che si annette al giuramento. Chi invoca la testimonianza della persona stessa interessata ad affermare il contrario, non si affida semplicemente nella comune probità, ma pone interesse in bilico con un altro interesse; e fa il calcolo che quello che è potentissimo, benchè futuro, vincerà l'altro che è temporaneo e fuggitivo, benchè attuale e presente. Premio di quest'arduo cimento è la vittoria della causa; il pericolo che si corre esalta, a così esprimermi, la forza di questo mezzo; ne rende scarso l'uso e di gran momento l'effetto. Appartiene allo stesso legislatore il comprender la grandezza dell'atto e predisporne la esecuzione. Il giuramento contiene una transazione, *ma nell'effetto, non già nello stesso giuramento.* Non si giura nel modo con cui vogliono le parti; onde il paganesimo travolse ogni principio quando quei giureconsulti scrissero: *omne enim omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis sibi jurari idoneum est, et si ex eo fuerit juratum, Prætor id tuebitur. Divus Pius jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit* (Leg. 5 de jurejur.). Invocazioni adulatorie spregevoli e inefficaci erano quelle che troviamo nelle Leggi 3 § ult., 4, 5, 13 § ult., 33 de jurejur., Leg. 2 Cod. de reb. cred. et jurejur. Nell'epoca cristiana la *juriajurandi religio* apparve nella formola in che si espresse la nuova fase che la obbligazione umana andava ad assumere, diventando divina. Giustiniano impose di giurare sul sacrosanto Vangelo, e i Gentili *tactis aris* non meno perfettamente adempirono al rito (*Nov.* 74, c. V; *Nov.* 124, c. I). Il rinnovamento dell'idea religiosa rialzò la dignità di quest'atto col farne comprendere lo scopo; il mezzo fu *non la coercizione, ma la libertà delle coscienze, non vi essendo obbligazione senza libertà.* La forza del giuramento è certamente posta nel credere che gli uomini credono e temono qualche cosa di terribile che sta al di sopra di loro, e che il culto di questo ente terribile è la verità; la legge suppone in ogni individuo umano una credenza religiosa; ed è consolante che l'ateismo sia per la legge una impossibilità, onde si renderebbe questo articolo privo di applicazione. Essa è logica quando dice: *osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla stessa parte.* Vi è forse religione senza Dio? Ma la legge intende ancora che l'importanza tutta sta nella soddisfazione della coscienza del giurante, e a noi deve bastare di esser convinti della sua convinzione.

2. *Della formola giurata.* Premessa la invocazione di Dio e il rito che ogni religione impone al giuramento, *si legge* o *si ripete* (se il cancelliere legge) la formola *in cui si giura.* Questa espressione sembrerebbe voler dire che la formola stessa è accettata o rifiutata, *senza aggiunta e spiegazione alcuna*, come sta. Argomento potrebb'essere a ciò che la formola stessa fu veduta, riveduta, discussa dal giu-

dice e dagli interessati, tormentata, per così dire, da tutte le parti. Viene ora opportuna la Relazione del ministro a sciogliercì il grave dubbio, avvertendo che la seconda Relazione, come suole, non accenna a verun diverso concetto. « Il Codice sardo del 1859, determi- « nando nell'articolo 289 la forma in cui deve « prestarsi il giuramento, stabilisce netta- « mente che *chi giura deve ripetere* a chiara « voce *le parole in cui è concepita la formola* « *del giuramento* (il nostro articolo non è di- « verso). Sembrava da ciò potersi dedurre che « ninna aggiunta, ninna spiegazione si potesse « fare dal giurante oltre la formola stessa. « Ma la giurisprudenza si mostrò restia a dare « così rigorosa interpretazione al citato arti- « colo. Si considerò e si ritenne *che il rispon-* « *dente può aggiungere le spiegazioni che val-* « *gono a giustificare i fatti sui quali risponde,* « *ed a collocarli sotto il vero e genuino loro* « *aspetto, perocchè il giuramento è di sua na-* « *tura indivisibile, e per misurarne la forza e* « *la portata è d'uopo ricorrere alle stesse re-* « *gole di diritto, che reggono in genere le con-* « *fessioni.* Che quantunque veri capi di giura- « mento fossero nelle specifiche loro formole « designati, ciò non toglieva che i rispondenti, « *completando il loro giuramento*, potessero « emettere tutte quelle dichiarazioni che cre- « dessero del loro interesse e secondo la loro « coscienza opportuno di fare, salvo l'apprez- « zamento che pure ne sarà fatto dal tribu- « nale. *Che non possono scindersi le circostanze* « *aggiunte dal giurante qualora siano connesse* « *col fatto e ne spieghino la natura.* » Questa è l'autorità del ministro e del giureconsulto.

Senza ciò la proposta e la risposta si confonderebbero, che è contro la essenza delle cose. La *proposta* doveva essere ridotta a termini di *verità legale*; ciò si è fatto: ma la risposta è *di natura*. Chi risponde dice ordinariamente di più, perchè non afferma o nega soltanto, ma spiega e giustifica. La *connessione logica*, specie di necessità del discorso: ecco il criterio della corrispondenza fra la risposta e la proposta. Per altro la difficoltà vera non è nella teorica ma è sempre nell'apprezzamento. Non dobbiamo ripetere le osservazioni fatte in proposito degli interrogatorii.

a) La risposta = non ricordarsi = è forse negativa? La è, non la è, dissero molte nostre decisioni pro o contro, che è meglio non citare. La soluzione è questa. Per natura sua la risposta = *non ricordo* = è negativa, perchè nulla mette in essere, nulla afferma. Ma qualche volta potrebbe venir presa per un rifiuto di giurare, se circostanze imponenti dimostrassero troppo improbabile la dimenticanza. Questione di apprezzamento.

b) Se qualche circostanza importante e chiaramente dedotta negli articoli non ebbe risposta, dovrà dirsi lasciata avvertitamente inevasa e da aversi come confessata? Qui entra la ricerca *se possa ordinarsi la ripetizione del giuramento.* La omissione può bene ritenersi avvertita, e, come fu deciso, il fatto inevaso può aversi per ammesso (Corte di Torino, 14 luglio 1853, *Gazz. dei Tribunali*, 1853, p. 792). Altre volte le circostanze faranno vedere una incompletezza, una trascuranza; e così in questo caso come in altri, in cui le risposte non si trovino abbastanza chiare e la formola possa meglio esaurirsi, o sia trascorso qualche riparabile errore (Corte di Torino, 10 febbr. 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 261; Corte di Genova, 13 gennaio 1852, *Gazzetta*, 1852, pag. 143; detta Corte, 27 giugno 1853, *Gazzetta*, 1854, pag. 1; Corte di Casale, 19 gennaio 1854, Bettini, 1855; Corte di Genova, 16 gennaio 1850, Bettini, 1850, t. II, pag. 75).

c) È necessaria la presenza della parte deferente o del suo procuratore? No: per l'articolo 207 è semplicemente una facoltà, anche nel supposto che il giuramento si presti alla pubblica udienza. Osservazione che prende maggior forza dal vedersi nel seguente articolo prescritta al processo verbale la *sottoscrizione della parte che ha giurato*, e non di altra. Credo non essere senza intenzione la discretiva che s'incontra fra l'art. 219 e l'art. 227. Si ordina in quello — *il processo verbale è sottoscritto dalle parti.* — Le parti di fatti sono in certo modo a fronte nell'interrogatorio semplice: il giuramento ha da un lato una formola decretata, immutabile; dall'altro è Dio, e a Lui solo io mi volgo giurando: la parte contraria è passiva nella sua assistenza. Non so se ci sia del sottile, o se io questa volta accondiscenda troppo all'accuratezza del legislatore.

3. *Dopo la risposta.* La causa è decisa nel senso che il *quid juratum è la transazione che finisce la lite.* Sotto questo aspetto la *quæstio falsi*, la ricerca di uno spergiuro, sarebbe cosa assurda. Noi non facciamo i conti con voi, ma voi li farete con Dio: ecco quello che dice la giustizia umana, che ne deduce una cosa sola: la esistenza della transazione (art. 1370 del Codice civile). Noi ci dobbiam ben vedere *una verità morale*, perchè ci siamo fondati in mezzi abili ad ottenerla; ma, a differenza dei criterii criminali, non prendiamo per guida che *una verità legale.*

Articolo 227.

Il processo verbale riferisce la formola precisa del giuramento prestato, e ogni altra cosa relativa al medesimo.

Il processo verbale è sottoscritto dalla parte che ha giurato, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere.

Articolo 228.

Le disposizioni degli articoli precedenti si osservano nel caso di giuramento deferito di uffizio, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

Ebbene; come e quando saranno applicabili?

1° *Il giuramento d'ufficio* (art. 1374 del Codice civile) *è proponibile colla forma dell'articolo* 181? Io non credo, quantunque la domanda possa esser provocata da una delle parti. Già nell'art. 1373 del Codice civile è statuito qual esame è necessario premettere sul merito della questione, e non può esser compita dal presidente o da un giudice delegato.

2° *La formola decretata non può essere discussa che in via d'appello.* Ciò è manifesto, non potendo il giudice ritrattare la propria sentenza. Sarà materia dell'appello tanto la giustizia della decisione, quanto la concludenza della formola.

3° *Il giuramento deferito d'ufficio non è riferibile* (art. 1376 del Codice civile). Perchè non si tratta di formare una transazione, ma di costituire una prova; perchè le parti non sono in condizioni uguali; perchè il giudice non conseguirebbe il risultato a cui tende, quello di soddisfare al bisogno della propria convinzione.

4° *Quanto al modo di ordinare e prestare il giuramento suppletivo* ritengo applicabili gli articoli 222, 223, 226, eccettochè dove si parla di *ordinanza che ammette il giuramento:* il giuramento d'ufficio dovrà sempre ordinarsi *per sentenza.*

5° *Di varii effetti del giuramento suppletivo prestato o ricusato.*

a) Il giuramento suppletivo non ha per sè carattere perentorio; non può averlo: imposto dal giudice, può esser combattuto, e innanzi a lui stesso con più forti prove se con questo non si conchiuse la lite, o in appello. *Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus Principum ex integro causam agere si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit.* In quel passaggio di Cajo (fram. 31 de jurejnr.) è scolpita la differenza dal giuramento decisorio: *quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.* Indarno il giudice avrebbe deferito d'ufficio il giuramento alla parte meglio in assetto di prova, indarno avrebbe essa giurato, quando la contraria possa produrre un documento decisivo, a dissipare ogni oscurità, o togliere le presunzioni faticosamente raccolte. POTHIER, nel *Trattato delle obbligazioni*, è giunto a dire, e ha detto bene, che il giudice d'appello, ricevuta nell'animo una diversa impressione sulla condizione delle prove, può proporre il giuramento all'avversario di colui al quale nel primo giudizio era stato proposto.

b) La risposta a giuramento deferito d'ufficio può essere attaccata di falso (BONNIER, *Des preuves*, n° 372). Per il principio che questa specie di giuramento è data *ad probationem*, come al testimonio, *non ad gignendam transactionem.* Argomento negativo, ma fortissimo, nasce dall'art. 1370 del Codice civile sopracitato. Non mancheranno i commentatori del Codice civile di mettere in rilievo la differenza che passa fra questo e l'articolo 1480 del cessato Codice albertino. Il nostro legislatore, tolta di mezzo l'aggiunta che deformava quella disposizione, si è felicemente ridotto alla pura e schietta formola del Codice napoleone (art. 1363) (*). Noi abbiamo ancora l'articolo 374 del Codice penale: ma nel prossimo

(*) Il Codice civile per le Due Sicilie (art. 1317) e il parmense (art. 2328) avevano accettato il principio; gli ultimi due venuti, quello di Sardegna e quello di Modena, più recente ancora (art. 2405) avevano impacciata la nozione del giuramento decisorio con una querela criminale risolubile nei danni ed interessi. Tanto col tempo le idee legislative erano progredite!

Digitized by Google

rinnovamento quell'articolo sarà riformato e messo in armonia col Codice civile.

c) È facile a vedersi che colui al quale è deferito il giuramento suppletivo, non si farà pregare, andrà volenteroso per quella via che lo conduce alla vittoria; lo avrà forse domandato egli stesso. Quindi l'art. 226 non parrebbe scritto per questa sorta di giuramento. *Ma suppongasi ch'egli non si presenti a giurare* o *in effetto non voglia giurare.* Quale sarà la conseguenza? Una sola: ch'egli resterà nella sua imperfetta condizione di prova; che allo stato delle cose molto probabilmente perderà la causa, se pure, pronunciandosi sentenza definitiva, non l'ha perduta; ma potrà vincerla col sussidio di altre prove o qui o in appello.

d) *Se la parte contraria a quella che è favorita dalla delazione del giuramento d'ufficio interviene all'atto della prestazione, senza protestare, accetta forse la sentenza e si toglie la facoltà d'interporre appello?* Accenno a tale questione, essendo molto agitata nella dottrina e nella giurisprudenza in Francia. Del resto, mi sembra di facile soluzione. Io ritengo che la parte che assiste all'atto del giuramento senza protesta, s'interdica veramente la facoltà di appellare, e presti acquiescenza al giudicato, il che intendo senza pregiudizio delle sue eccezioni sul valutare gli effetti del giuramento prestato e di esibire prove in contrario. *Ma s'il laisse défaut* (vale a dire se non comparisca punto e lasci fare) *et à plus forte raison si elle interjette appel de la sentence qui l'ordonne, on ne peut tirer aucun fin de non-recevoir de la prestation du serment.* Questa opinione di DUPARC-POULLAIN, che è anche quella di CARRÉ, di CHAUVEAU, consacrata da molte decisioni (non mancando però decisioni contrarie), a me pare certissima.

§ 3.

Dell'esame dei testimoni.

Articolo 229.

I fatti che si vogliono provare per mezzo di testimoni devono essere dedotti specificatamente per articoli separati.

La prova contraria è di diritto; ma quando con essa si vogliano provare fatti nuovi, questi debbono essere dedotti nel termine di giorni quindici da quello in cui l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova è divenuta esecutiva in conformità dell'articolo 232.

Annotazioni.

1. La prima parte dell'articolo ha tre scopi: 1° offrire alla prova una materia perspicua e determinata qual condizione della sua efficacia; 2° mettendo in evidenza lo intendimento dell'attore, fare abilità alla contraria parte di contrapporre i suoi mezzi di difesa; 3° di porgersi come elemento al giudizio estimativo del tribunale che ordina l'esame. La specificazione dei fatti che si esibiscono alla prova implica le più volte una questione *di pertinenza e di concludenza*, e può motivare anche la reiezione, o almeno una modificazione o riduzione degli articoli: facoltà che la legge di procedura non addita espressamente, ma che la giurisprudenza unanime riconosce e sancisce: facoltà che può anche vedersi enunciata nell'art. 230, sotto quella formola — *i fatti da provarsi.*

2. Come l'ammissione di ogni prova, così pur quella dell'esame de' testimonii è un apprezzamento. Cessa però di esser tale, ed entra la questione di diritto discutibile anche in Cassazione; quando il giudizio non versa nei rapporti della efficace concludenza od opportunità della prova ma nella sua relazione coi principii di diritto: se debba o no ammettersi per ragione di valore, e sia diretta o no ad oppugnare un atto pubblico (art. 1341 e seg. del Codice civile).

3. *È forse di rigore che gli articoli siano presentati in una sola comparsa*, o *potranno altri dedursene sino alla sentenza?* In Francia, con un Codice che non è punto più esplicito del nostro in questo tema, la giurisprudenza si è espressa nel senso più mite, che è altresì il più ragionevole. Si è detto che persino alla udienza qualche nuovo articolo o qualche modificazione agli articoli proposti potrebbe aver luogo (THOMINE, t. I, pag. 430; CHAUVEAU in

Carré, quest. 966; Favard de Langlade, t. v, pag. 111, e frequenti decisioni).

4. Senza dubbio la forma e la materia proposta può subire contraddizione, o può essere totalmente accettata in quel primo atto introduttivo del giudizio incidente che si terrà sempre *avanti il presidente* pei combinati art. 206 e 181. Ivi è la prova dell'esame in genere, e la sua materia specifica può ricevere dalla parte contro la quale va ad istituirsi la più completa acquiescenza; aggiungo, per far la ipotesi più ponderosa, che l'esame può in conseguenza essere e decretato ed eseguito. In simile stato di cose sorge la seguente

Questione. — *L'acquiescenza espressa delle parti convalida la prova testimoniale che sarebbe in principio interdetta dalla legge?* Noi partiamo da questo supposto dell'acquiescenza e dell'acquiescenza espressa: senza ciò gli autori sono d'accordo che la prova testimoniale, vietata dalla legge, dev'esser respinta d'ufficio.

Per l'affermativa si dice che la proibizione non è propriamente d'ordine pubblico (che è il massimo argomento contrario), ma soltanto vi si attiene in un modo indiretto e secondario, avendo per oggetto immediato l'interesse dei privati; il legislatore di fatti, così ordinando, non ebbe altro in mira fuorchè dare ai privati garantia che della prova testimoniale non si abuserebbe in loro svantaggio. Che se, aggiungono alcuni fra i propugnatori di questa opinione, il tribunale, ai reclami della parte, venisse in seguito a considerare come non avvenuto l'esame, e riconoscerlo per inammissibile, ciò sarebbe per la sola ragione che *il giudice non è legato dal proprio decreto interlocutorio*. Altri giureconsulti della stessa opinione tentano di rimuovere anche questa soluzione, osservando che se il giudice non è legato dall'interlocutorio, ciò è nel senso che, sentenziando definitivamente, può, secondo la sua convinzione prescindere dai risultati della prova, ma non già considerarla come non avvenuta (Carré, quest. 976; Chauveau alla detta quest.; Duparc-Poulain, t. ix, p. 301; Démiau, pag. 195; Thomine, t. i, pag. 431 a 437; Boitard, t. ii, pag. 173; Duranton, n° 1388, Cassazione 15 e 27 giugno 1832, *Journal Av.*, t. xlii, pag. 189 e 190; Corte di Bourges, 16 dicembre 1826; Sirey, l. xxvii, t. 2, pag. 120, e 21 aprile 1830, *Journal Av.*, t. xlvi, pag. 164).

In contrario Bornier, *Conférences des ordonnances;* Rodier, all'art. 2, tit. 20, *Ordon.*, 1667; Toullier, t. ix, n° 40 e seg.; Boncenne, t. iv, pag. 225.

La sentenza del minor numero è la migliore in linea di principio; vi ha però dei confini che denno esser rispettati. Ho bisogno di spiegarmi. Il valore differenziale e graduale delle prove è stabilito *nell'interesse della fede pubblica;* se non si trattasse che dell'interesse particolare, se il buon accordo delle parti fosse arbitro del mezzo di prova, se insomma le parti potessero sceglierlo a loro grado, potrebbero ancora, per esempio, fare per mezzo di scrittura privata una donazione, e verbalmente qualunque contratto in presenza di testimonii che poi ne deporrebbero in giudizio. Basta questo solo argomento. La legge parla in modo assoluto — *non è ammessa la prova testimoniale.* — Se non che, una volta ammessa in giudizio la prova testimoniale, malgrado il divieto della legge, allora resta a vedersi se possa tuttavia oppugnarsi, o, in altri termini, se debba aver effetto, e dal giudice tenersi in conto come fosse legittima. Ciò non avverrà mai, nel nostro sistema, per la semplice acquiescenza delle parti, ma in forza di un altro principio, *in forza cioè della cosa giudicata*, che *facit de albo nigrum*, e rende legittimo anche quello che non l'è. Una sentenza interlocutoria, che abbia il carattere di sentenza (ciò si vedrà a suo tempo), è decisiva del punto in questione: il giudice n'è vincolato. Se non si appella da quella che ammise la prova testimoniale, indarno si opporrebbe o che dessa non deve eseguirsi, o che, eseguita, non deve attendersi. Parimente se da essa non s'interpone appello, ma piuttosto dalla sentenza che decise il merito della prova, il giudice superiore dovrà riconoscerla e averla per ammessa. *Ma data la esistenza dell'appello, il processo testimoniale dovrà essere annullato insieme alla sentenza che l'ammise, nonostante l'acquiescenza delle parti.* E in cotali distinzioni procedono le più delle indicate contrarie autorità, chi volesse farne il saggio.

5. *La prova contraria è di diritto.*

a) Il carattere della *prova contraria* è la negazione dei fatti proposti dall'attore nel processo di esame. « Il ne faut pas, dice Bonnier, « confondre la contre-enquête où l'on admi- « nistre la preuve contraire, *avec l'enquête* « (nuovo esame) *également principale*, qui tende « à établir des faits différents, et non pas sim- « plement à contredire les assertions du de- « mandeur. » Del resto un nuovo esame principale potrà anche aver luogo, *non però sul medesimo soggetto*, *e neppure sur un soggetto che vi abbia relazione*, e potesse trattarsi in simultaneo processo; ma dove sorga altra questione sopra altri fatti, che ne faccia sentire al giudice la opportunità e la convenienza. Se

espleto l'esame sul fatto principale della causa, nasca di poi subalterna questione sopra innovazioni fatte dall'avversario pendente la lite e occorra un nuovo esame, è manifesto che questa non sarà *prova contraria.*

b) Il capoverso di questo articolo 229 sembra contenere una discretiva: contempla in genere la prova contraria, e dice esser di diritto: accenna con l'avversativo *ma* ai *fatti nuovi*, e aggiunge che, trattandosi di tali, *si ha un termine di giorni quindici.* Non se ne rileva a primo tratto il chiaro intendimento. Dalla Relazione del ministro Pisanelli si deduce, ciò che del resto la giurisprudenza insegna, che la prova contraria può esercitarsi o *sopra gli stessi fatti* articolati dall'attore, producendo, per esempio, testimonii che tendano ad escluderne la esistenza; ovvero *sopra fatti nuovi* (correlativi però e sullo stesso soggetto d'esame, o anche per sostenere una riconvenzionale già proposta) allo scopo di metter altri fatti in opposizione ai primi e renderli inetti alla prova. Ecco adunque due posizioni diverse; nel primo caso basta produr testimonii, nel secondo bisogna fornire nuovi articoli, formolare nuova materia di esame. Ora badate bene alla intenzione della legge. Se *voi esibite dei fatti nuovi*, fate al processo d'esame una vera ampliazione, e costringete l'avversario a pensare al nuovo attacco che gli portate e a difendersi. È necessario adunque un termine definito perchè si sappia qual è il vostro sistema e il processo possa stabilirsi. Il qual termine è assegnato piuttosto nell'interesse dell'avversario che nel vostro. La Relazione Pisanelli ha detto (richiamando, io credo, le discussioni preparatorie): « Sembrò inopportuno costringere la « parte che vuole controdedurre a ciò fare *nel « termine stabilito a rispondere*, quando essa « contrasti l'ammissibilità della prova testimo- « niale. È prematura la deduzione della prova « contraria quando non è ancor certo che debba « seguire la prova principalmente dedotta, e « quali siano i fatti che ne formeranno oggetto ». E va benissimo; indi soggiunge: « I termini « per rispondere ad una cedola, qualunque sia « l'istanza o il mezzo di difesa in essa propo- « sto, non sono mai perentorii: è soltanto al- « lorchè l'iscrizione a ruolo sia rimasta ferma « che viene preclusa la via ad un nuovo atto « d'istruzione scritta. Ma se havvi circostanza « in cui tutto si debba calcolare prima di sta- « bilire un termine perentorio, è appunto « quella che concerne la deduzione della prova « contraria. Il procuratore può egli stesso, « senza il concorso personale del cliente, ap- « prezzare il valore giuridico del mezzo fatto va- « lere dall'avversario per l'ammissibilità o non « della prova testimoniale da questo proposta. « *Ma quando si tratta di opporre prova a « prova, fatti a fatti, testimonii a testimonii, « la cosa cambia d'aspetto.* Non solo il procu- « ratore deve rivolgersi al cliente per cono- « scere se questi sia in grado di tentare la « prova contraria, ma il cliente stesso abbiso- « gna di tempo per fare le indagini opportune, « per non tentare una prova che non potesse « poi somministrare. Occorre pertanto di non « precipitare in tale materia, poichè allo scopo « di una mal intesa celerità verrebbe spesso « sacrificato il diritto di una delle parti. — « Però senza distinguere *fra il caso in cui « siasi fatta opposizione alla prova principal- « mente dedotta e quello in cui siasi fatto op- « posizione*, il progetto, nel riconoscere che la « prova contraria è di diritto, stabilisce che, ove « per esso si vogliano *dedurre nuovi fatti*, que- « sti dovranno essere articolati nel termine di « quindici giorni dal provvedimento o dalla « notificazione della sentenza che ha ammessa « la prova per testimonii; non è tuttavia vie- « tato di produrli anche prima ».

La citazione mi è riescita un poco lunga; ma sarò scusato da ciò che io, con tutta la riverenza all'insigne autore del progetto che ora è legge in questo punto, debbo alquanto scostarmi dalla sua vista, ed era dovere che io non dissimulassi i motivi della Relazione per chi non volesse dividere l'avviso mio. Il testo inchiude una limitazione. E io ragiono così. *La prova contraria è di diritto* significa che non dipende da sentenza, ma *juris ministerio* si può assumere da chi ha interesse e per diritto proprio. Come tale, la prova contraria non è costretta da vincoli e termini inopportuni; e si esercita finchè è possibile esercitarsi, finchè lo stato del processo il permette. E sin quando lo permette? Sino a quello stadio che si determina negli articoli 233, 234. *Ma la prova contraria è di due specie*, si è già detto di sopra; la prova si esercita *sopra gli stessi fatti* o *sopra fatti nuovi.* Nel primo caso si può sempre far valere i proprii testimonii, intendo sino al punto sopra dichiarato. Nel secondo non è così: i *fatti nuovi* devono proporsi nei quindici giorni. La ragione della differenza l'ho accennata superiormente. A quelle ragioni aggiungo quest'altra, non meno decisiva, che il giudice non può ammettere il contro esame se non conosce la materia nuova prima di giudicare. — Per tutto ciò io rilevo nella disposizione del capoverso dell'art. 225 non una ampliazione, ma una limitazione.

Articolo 230.

L'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale deve contenere

1° I fatti da provarsi;

2° La delegazione di un giudice per fare l'esame dei testimoni, se non sia ordinato che l'esame segua all'udienza.

Annotazioni.

Certamente sarebbe nulla la ordinanza o sentenza che non contenesse *i fatti da provarsi*, poichè mancherebbe allo scopo (PIGEAU, DALLOZ, THOMINE, e in generale tutti). Ma come men raramente accade, i fatti sono o incompletamente enunciati, o in parte trascurati, e allora si presentano due ricerche: 1° *Non vi sarà alcun mezzo nella procedura per far correggere la sentenza senz'appellare o ricorrere per nullità?* È stato in simili casi ritenuto che si potrà con opportuno incidente chiedere alla stessa autorità un'altra pronunciazione che raccomodi e dichiari ciò che fu per avventura negletto: semprechè, intendiamoci, sia effetto d'inavvertenza e di errore (FAVARD DE LANGLADE, t. II, pag. 345, n° 5; CARRÉ ed ivi CHAUVEAU, quest. 978); 2° *Se nel giudizio di merito sarà lecito tener conto eziandio di fatti risultanti dall'esame, ma non contenuti nella sentenza.* Benchè questa seconda questione sembri piuttosto da riferirsi al giudizio estimativo dell'esame, nondimeno influisce sulla importanza che si deve attribuire al testo presente. Vedremo all'articolo 243 che il giudice può chiedere spiegazioni a meglio chiarire la verità, ma *i fatti* sui quali deve versare l'esame non possono essere sostanzialmente mutati da quelli che la sentenza ha specificati riportando, come suol farsi, la materia articolata. Una splendida consultazione del CARRÉ, inserita nella sua questione 980, lo dimostra.

Articolo 231.

L'autorità giudiziaria, il presidente, o il giudice delegato, riconoscendone la necessità, può ordinare che l'esame dei testimoni segua sul luogo a cui si riferiscono le deposizioni.

Annotazioni.

Così l'esame, secondo le circostanze, dovrà seguire o *alla pubblica udienza*, o *nel gabinetto del giudice delegato*, o *nel luogo a cui si riferiscono le deposizioni.* Si tratta di conti di amministrazione, di conti sociali? Nel luogo ove la società ha sede, ove l'amministrazione ebbe il suo centro, o dove accaddero le lamentate dilapidazioni. Ivi gli indizi sorgono, per così dire, a mescolarsi colle testimonianze, a rafforzarle di nuovi appoggi, e da ogni parte il giudice può ispirarsi per cogliere e raccogliere la verità.

Articolo 232.

Il termine per far gli esami è di giorni trenta, salvo che per ragioni speciali sia stabilito un altro termine.

Il termine decorre rispettivamente dalla scadenza di quello stabilito per far opposizione od appellare, e, quando siavi stato giudizio di opposizione o d'appello, dalla notificazione della sentenza proferita in questo giudizio.

Quando debba procedersi all'esame per consenso delle parti, o in virtù di sentenza esecutiva non ostante appello od opposizione, o se la parte soccombente dichiari di non voler appellare, il termine decorre dal giorno della notificazione dell'ordinanza o della sentenza che ammise gli esami, o dal giorno della dichiarazione anzidetta.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Il termine ordinario per l'esame è di trenta giorni, *può esser maggiore* se *per circostanze speciali* così sia dichiarato nella ordinanza o sentenza che ammette la prova testimoniale. *Ma può esser minore?* Ecco la prima indagine che si presenta intorno a questo interessante articolo, ma essa è subito risolta da ciò che poi viene a dirsi nell'articolo 235. E non saranno pochi i casi in cui si crederà conveniente accelerare l'esame. È noto che il termine ordinario nella procedura francese è di otto giorni (articolo 278).

2. *Da qual momento comincia a decorrere il termine ordinario?* Si appella *da una sentenza contraddittoria, si fa opposizione ad una sentenza contumaciale.* La sentenza che ammette la prova testimoniale può essere stata proferita in contumacia. Dalla notificazione della ordinanza o sentenza d'ammissione parte un primo termine a cui appartiene logicamente la priorità. Ma da quel giorno comincia a decorrere il termine degli esami, quanto a dire rimane il solo termine osservabile, *se la ordinanza nacque di consenso* (articoli 181, 206); se si è rinunciato all'appello (dovendo però escludersi il tempo anteriore alla rinunzia); se la ordinanza è munita della clausola di esecuzione (articolo 182): facoltà che a maggior ragione è nel tribunale che proferisce sentenza (*V.* il commento all'articolo 246). Questa disposizione per le provincie settentrionali italiane non è una novità: essa ripete l'articolo 297 del Codice sardo del 1859, con due sole variazioni che giova avvertire: *a*) il termine di quaranta giorni è ridotto a trenta; *b*) è stabilito che rinunciandosi all'appello, *il termine decorre dalla dichiarazione*, come si disse, mentre prima c'era questa epicheja, *se questa fu fatta posteriormente alla notificazione della sentenza.* Pertanto la dichiarazione di non appello non aveva effetto che dopo la notifica, quasichè si volesse abbondare di cautele a favore della parte che, non ponderata ancora la sentenza, poteva pigliare illusione. Ora la dichiarazione *si ammette anche prima.* Era proprio un vano scrupolo e una perdita di tempo e di spesa, dovendosi ritenere che chi rinunziava all'appello avesse già prese le opportune cognizioni. Il Codice di procedura civile delle Due Sicilie viveva nell'idea francese; e nell'articolo 373 era scritto: *dovranno compirsi i rispettivi esami fra il termine di otto giorni da quello in cui saranno esaminati i primi testimonii.* Le molteplici controversie che si dibattono in Francia sul tempo in cui devono cominciare e terminare gli esami, non erano straniere a quella legislazione.

3. Anticipando un momento sull'articolo 251 per dare uno sguardo all'insieme, osservo che, riunendo le determinazioni presenti coll'istituto *dell'esame a futura memoria*, si viene a soddisfare qualunque esigenza della prova testimoniale. Con tutte le previdenze di questo articolo resterebbe pure a desiderarsi qualche cosa qualora non si potesse con una interpellazione immediata, urgente, dei testimonii, metter in salvo la prova che ogni menomo indugio può far perire, esistendo ostacoli legali all'esame regolare e comune, vuoto che si lamenta e di cui si sentono gli inconvenienti in Francia ove l'esame *ad futuram* fu da lunghissimo tempo abolito. Avanti il tribunale di Soissons pendeva una lite che restò sospesa per interposizione d'appello. La parte cui premeva far esaminare un testimonio interessantissimo che stava per imprendere un lungo viaggio, domandò a quel tribunale in giudizio *principale e distinto* che fosse esaminato il testimonio *a semplice conservazione della prova:* non aveva a fianco la legge, ma aveva in testa il buon senso, la ragione; e il tribunale sentì codeste leggi essere più forti di quelle dell'uomo; considerò *que la simple raison naturelle veut qu'on prenne les précautions nécessaires pour empêcher la preuve de périr* (sentenza 25 gennaio 1827, CHAUVEAU). Casi somiglianti possono ripetersi, e noi portiamo a complemento della nostra saggia legislazione l'articolo 251.

4. Il termine di *trenta giorni* è legale; se la ordinanza o sentenza non lo prefiggesse, nessun male: si riterrebbe sottinteso. Così la durata, come la decorrenza, è fissata dalla legge che tolse via arbitrii e questioni solite ad elevarsi. Non più *dall'esame del primo testimonio esso decorre*, bensì da punti bene determinati in questo articolo: l'esame può cominciarsi in qualunque momento del termine, purchè in esso si compia.

5. *È forse interrotto il termine dei trenta giorni se arrenga la morte* o *il cangiamento di stato di una delle parti*, o *la cessazione della sua rappresentanza?* Ciò è in relazione alle disposizioni degli articoli 332 e seg., e fu già ritenuto dalla Cassazione nel 28 dicembre 1827 (BETTINI, 1857, t. 1, pag. 27). Deve la regola necessariamente estendersi per morte, cessazione dall'esercizio, sospensione o interdizione di uno dei procuratori costituiti, mancando con ciò uno degli elementi integrali del processo di esame.

Articolo 233.

Sull'istanza verbale o scritta della parte che vuole far eseguire l'esame, o di un suo mandatario, il giudice stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni devono comparire.

L'ordinanza è notificata al procuratore dell'altra parte almeno giorni dieci prima di quello stabilito per l'esame, sotto pena di nullità.

L'esame dei testimoni può farsi ad intervalli, purchè nel termine stabilito.

Annotazioni.

1. Rammento che la notificazione al procuratore è di tutta necessità: non suffragherebbe fatta alla parte (Cassazione 11 febbraio 1857, *Sterpone utrinque*).

2. La legge comincia ad esprimere la sua volontà intorno alla natura delle trasgressioni o delle ommissioni che si verificano nel corso del processo. La clausola *a pena di nullità* è qui apposta, e torneremo a vederla più di una volta. Punti salienti della procedura ove la legge spiega il suo maggiore interesse.

Articolo 234.

I procuratori devono notificarsi reciprocamente giorni cinque prima di quello dell'esame dei testimoni, l'indicazione del nome e cognome, della condizione e residenza dei medesimi, sotto pena di nullità.

La nullità non ha luogo quando l'omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni suddette non sia tale da produrre incertezza assoluta intorno alle persone dei testimoni.

Annotazioni.

1. *Come si misurano i cinque giorni* (il che può dirsi dei dieci dell'articolo precedente): *devono essere interi?* Troverete tutti i proceduristi francesi nel sistema dei *trois jours francs* (tre sono assegnati dall'art. 261), ma col loro articolo 1035 è facile venire a tal conclusione. Noi coll'articolo 43 escluderemo il giorno della notificazione.

2. La *nullità assoluta* colpisce il difetto del termine *minore dei cinque giorni;* il difetto intorno alle caratteristiche personali dei testimonii importa semplicemente *nullità relativa.* Osservo che vuole esprimersi eziandio *la condizione*, adietto che non è più comune agli atti di citazione; di fatti la cognizione della condizione di un testimonio non è senza interesse. « Mais la loi (porterò questo brano del CARRÉ « a mostrare in questo punto l'uniformità della « dottrina francese) à cet égard n'est pas tel- « lement exigeante, que la plus légère erreur « dans la désignation doive entraîner une nul- « lité; tout ce qu'elle veut c'est que le témoin « soit assez clairement désigné pour que la « partie ne puisse s'y tromper. Ainsi peu im- « porterait, pourvu que l'identité de la per- « sonne fût bien reconnue, l'erreur sur un « prénom ou son omission, l'attribution de la « qualité de propriétaire quand le témoin a « une profession distincte, etc. ».

4. Il capoverso dell'articolo agglomera *omissione* e *inesattezza:* ma ciò che non appare in verun modo o che appare in modo imperfetto, in una specie d'oscurità che può tuttavia rischiararsi, molto diversifica. L'*incertezza* nel nome o nel cognome può esser tolta con una rettificazione della parte, con una comparsa spontanea del testimonio che identifichi se stesso. Ma *omissione del nome*, *omissione del cognome*, è forse tollerabile; non importerebbe nullità dell'atto? La legge di procedura, per quanto arrendevole nella forma, non può permettere che i giudizi s'intestino a persone non enunciate con quei segni convenzionali che ne distinguono la individualità fra i loro simili. Si caricherebbero di confusione le pagine dei processi, se ne farebbe sentire lontano lo sconcio nelle cose giudicate e negli effetti che sono destinate a produrre. Mi pare di aver fatto delle osservazioni analoghe esponendo l'articolo 145; e siamo, teoricamente parlando, sul medesimo tema. In breve: delle *quattro qualificazioni* poste innanzi dall'art. 234, due,

Digitized by Google

nome o *cognome*, sono a considerarsi essenziali, e la *omissione totale* porterebbe nullità. Non così quanto alle altre due che possono dirsi più veramente *qualità* che meglio distinguendo una persona, non sono però che secondarie e accidentali (CARRÉ, quest. 1025).

Vicino al male il rimedio; tali nullità sono facilmente sanabili. Se il testimonio comparisce e dichiara il suo vero nome e cognome, se la sua persona è identificata, corretto l'errore non resta traccia, specialmente se la nullità non sia stata opposta dai contrarii.

4. *Se per simile nullità sia viziato l'intero processo; ovvero unico effetto sia di far decadere dal diritto di esaminare quel testimonio o quei testimonii così male nominati?* Quest'ultimo è il vero. È anche la dottrina dell'HAUTEFEUILLE e del CARRÉ. « Si cette infraction ne « concernait qu'un témoin dont on n'aurait « pas notifié les noms, profession et demeure, « la nullité ne frapperait *que sur* la déposi- « tion de cet témoin, et les autres dépositions « n'en seraient pas moins valables. »

Articolo 235.

Quando a norma dell'articolo 232 sia assegnato per gli esami un termine minore dell'ordinario, si stabilisce nell'ordinanza, o nella sentenza, un termine più breve, entro il quale devono farsi le notificazioni richieste dai due articoli precedenti.

Annotazioni.

Il termine dei cinque giorni può dunque accorciarsi, non mai prorogarsi.

Articolo 236.

Non possono essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti, o il coniuge, ancorchè separato, salvo nelle quistioni di stato o di separazione personale tra coniugi; e quando siano sentiti non si ha riguardo alla loro deposizione.

I minori d'anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento, e per semplice schiarimento.

Annotazioni.

1. L'articolo dichiara nella prima parte quali sono le persone che *non possono esser sentite come testimonii*. « Non occorrono argomenti « per dimostrare la convenienza di un tale « divieto », dice la Relazione del ministro PISANELLI, e ha perfettamente ragione. Prosegue: « Ma a tali incapacità sono ammesse due « eccezioni: *la prima riguarda le cause in cui « si tratti di accertare lo stato delle persone; « la seconda riguarda le cause di separazione « fra i coniugi.* Siccome i fatti concernenti si- « mili questioni soglion esser di prova difficilissima, accadendo i medesimi per lo più « nelle pareti domestiche, e la loro notizia re- « stando per lo più limitata alla sfera delle « relazioni di famiglia, il legislatore deve mo- « strarsi meno rigido nell'ammettere i pros- « simi congiunti a deporre come testimonii; « vuolsi applicare il principio generale, se- « condo cui nelle cose *difficilioris probationis* « deve la legge agevolare le prove, affinchè « non riesca generalmente impossibile l'accer- « tamento del diritto ».

Precedenti storici. — La dottrina qui esposta è da lungo tempo accettata nella giurisprudenza. Basterà rammentare fra i pratici che ci conservarono le consuetudini del nostro fôro italiano più celebrato VIVIUS, *Comment.*, opin. 953 e seg.; CONCIOLI, *Résol. crim.*, v° *Testis quoad personas*, risol. 2 e seg.; GOMEZ, *Variarum resolut.* t. III, cap. 12, *de probat. delic.* E nel diritto canonico i seguenti testi: cap. *videtur* III, *qui matrimonium, etc.*; cap. XLVII, *de testibus*; cap. *de parentela* VIII, causa 35, quest. 6; ed ivi BARBOSA, MASCARDUS, ecc. Non si possono escludere i parenti strettissimi, i *testimonii domestici* in affari della natura di quelli di cui parla il progetto PISANELLI, se non ci vogliamo condannare ad ignorarli. Le legislazioni moderne si mostrarono più rigorose. La celebre Ordinanza del 1667, nell'articolo 11, t. XXII, vietava di sentir testimonii congiunti fra le parti non solo in linea retta, ma altresì fra certe linee collaterali. Il Codice di procedura civile francese nell'articolo 268 esclude il testimonio parente

o affine in linea retta delle due parti, o coniuge eziandio divorziato. Ma un articolo si trovava (il 251) nel Codice civile che portava una eccezione nelle cause di divorzio. La dottrina l'aveva estesa alle cause di separazione di corpo. Un'altra eccezione porgevasi nell'articolo 46 dello stesso Codice in caso di smarrimento dei registri di nascita. L'articolo 309 del Codice di procedura civile del 1859 procedeva negli stessi termini del presente, ma con questa notevolissima limitazione, *salvo che nelle questioni di stato, e per quel riguardo che di ragione, a seconda delle circostanze.*

2. Noi non troviamo più questa limitazione nè nel Codice di procedura, nè nel Codice civile. Bisogna dunque concluderne che il progetto ha sofferto grave variazione. Si è fatto bene o male? In parte bene e in parte male, al veder mio. In cert'ordine di rapporti personali il far testimonianza non dev'essere imposto come un dovere, ma non deve subirsene la privazione: deve considerarsi una facoltà. Nel primo caso si farebbe violenza alla natura: non può obbligarsi il figlio a deporre contro il padre; meglio è ignorare una verità di fatto che impadronirsene con tali mezzi. Ma se lasciati in libertà, quei congiunti si prestassero a deporre dei fatti ch'essi solo conoscono, perchè si dovrebbero rifiutare i lumi che ne potremmo raccogliere?

Articolo 237.

Le parti sono sempre in diritto di proporre i motivi che possono rendere sospetta la deposizione del testimone: questi motivi devono essere dedotti a prova in modo specifico.

Quando i motivi di sospetto non siano fondati sopra uno scritto, l'autorità giudiziaria non può ammetterne la prova per mezzo di testimoni, se non concorrano circostanze gravi, precise, e concordanti.

Se il motivo di sospetto sia proposto prima che sia compiuto l'esame del testimone cui si riferisce, il giudice può chiedere al medesimo gli opportuni schiarimenti.

In ogni caso il testimone allegato a sospetto deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare, come di ragione, la deposizione di lui.

Annotazioni.

1. Ora viene a dichiararsi il diritto di *allegar sospetti* i testimonii.

Noteremo una importantissima novità introdotta dal nuovo Codice.

I nostri Codici di procedura, nessuno eccettuato, fecero gara di diligenza per descrivere il più minutamente possibile le cause di sospetto. Evidentemente esse distinguevansi in due categorie: l'una riguardante una specie d'*incapacità* che toglieva, generalmente parlando, la fede al testimonio, incapacità che percuoteva principalmente i condannati per titoli infamanti (art. 311 del Codice di procedura civile del 1859, n° 7); l'altra era fondata soltanto *nel pericolo* di mancare alla verità, non essendo l'animo perfettamente libero da interesse o da affetto in un senso qualunque.

Alle cause determinate e contate, specie di tariffa che la legge aveva immaginata credendo di possedere il segreto di tutti i mali umori e di tutte le passioni dei testimonii, si è con alta saviezza sostituita una facoltà generica di *esporre i motivi che possono render sospetta la deposizione dei testimonii.*

Ed ecco le ragioni che mosse il legislatore. Ho la soddisfazione di poterle dedurre dalla Relazione del ministro PISANELLI il cui progetto fu in questa parte pienamente realizzato.

Quanto *alla incapacità*. Il fare testimonianza della verità, più che un diritto, è un dovere. La testimonianza si presta a favore di quelli che hanno bisogno di mettere alla luce dei fatti che non si possono con altri mezzi provare, e non possono mica scegliere i testimonii che vogliono. Voi proclamando come un trionfo del diritto la incapacità del condannato, lo esonerate da un obbligo morale ch'egli ha non meno di ogni altro uomo, e ne fate in effetto al cittadino innocente portare la pena.

Sono idee giuste; nondimeno qui non sta propriamente la importanza della riforma. È una disgrazia per chi deve servirsi di un testimonio l'averne uno di questa qualità; ma non si potrà mai, nè si dovrà mettere al paro nella fede che ispirano un reduce dalla galera e un immacolato galantuomo. Non vi è incapacità di diritto nel testimonio, ma bensì un'assai

minore attitudine morale a persuadere: e così dev'essere. La nuova legge non ha la pretesa, nè volendo, avrebbe il potere di restituire a siffatta gente una fede che ad essa nega la pubblica opinione. D'altronde neppure la legge passata ne dichiarava la incapacità, ma ne faceva soltanto *un motivo legale di sospetto*. Ora la stessa facoltà è compresa nella disposizione generica dell'articolo.

L'importanza vera della riforma sta nell'avere lasciato un più largo esercizio di libertà alle parti, e una più estesa podestà di apprezzamento nei giudici. La prova legale, in materia di pura convinzione morale, continua ad essere un controsenso anche nei giudizi civili: deve sparire. Ecco una nuova vittoria della libertà consacrata da questa legge: « Il pro« getto (dice la Relazione) respingendo assolu« tamente un tale sistema (quello della prova « legale), *non stabilisce cosa alcuna di suspi« cione legale contro i testimonii*, ma si limita « a riconoscere nelle parti il diritto di pro« porre in modo specifico i motivi che posson « render sospetta la deposizione di un testi« monio, affinchè il magistrato ne tenga quel « conto che crederà di ragione ». E quel vespaio di dottrine che riempiono i libri *sui motivi di sospetto*, sulla loro qualità e sulle loro gradazioni, è dissipato.

2. La eccezione contro il testimonio è valutata a tre condizioni: 1° *che il motivo sia serio e meritevole di considerazione*. La legge si era altra volta incaricata di rappresentarli con una teoria *a priori*, il cui difetto era duplice: quello di attribuire un'anticipata, soverchia, importanza a fatti che, ragguagliati al caso pratico, per avventura non ne avevano alcuna: quello di trascurare altre contingenze, non potendosi tutte prevedere, che nel caso speciale sarebbero rilevanti. Abbandonato ora dal suo esemplare, il giudice dovrà applicarvi opera più intensa, più riflessiva; tace la legge, e la coscienza subentra e ne piglia il posto. — 2ª *Condizione*: che *il motivo di sospetto sia enunciato in modo specifico*. Ciò è nella natura delle cose. Ogni accusa, ogni censura dev'essere specifica per avere un valore; perchè altrimenti non c'è difesa possibile, e la legge non prende in considerazione istanze che non concludono appunto perchè non si possono respingere. Quel testimonio è di carattere menzognero: quel testimonio è mio nemico, e non dico fatti! — 3ª *Condizione*: che il sospetto sia fondato a qualche prova.

Il Codice, inerendo al concetto espresso nell'art. 313 periodo ultimo di quello del 59, ma con utile riforma nelle modalità, adombra qui due categorie: *a) di sospetti fondati sovra uno scritto; b) di sospetti che si raccomandano a una prova da farsi*. Lo scritto è preso immediatamente in considerazione: ciò è naturale; non costa nè fatica nè perdita di tempo. Un testimonio che mi diresse una lettera piena di insulti e di minacce sanguinose, appare subito quello che è. Ma se la inimicizia non si dimostrerà che per mezzo di testimonii, la legge avverte il giudice che non deve deviarsi nel subalterno processo *ove le circostanze non siano gravi, precise e concordanti*.

3. **Questione**. — *Sul tempo nel quale le eccezioni di sospetto dovranno esser presentate*. Generalmente era posta legge che le eccezioni contro il testimonio non si potessero opporre che *prima della sua deposizione* (Codice di procedura francese, art. 270, Codice delle Due Sicilie, art. 365). Il Codice sardo del 1854 sentì confusamente che il rigore era soverchio e poteva riuscir dannoso alla giustizia: e distinguendo fra la *proposta della eccezione* e la *prova*, quella *volle anteriore alla deposizione*, onde se ne facesse memoria nel processo verbale; questa potè fornirsi prima *che la causa fosse recata alla udienza del tribunale*. Il Codice del 1859 (art. 313) non riportò più la suddetta distinzione, che era buona, fra l'eccezione e la prova della eccezione; ma respinse ogni eccezione che non precedesse l'esame del testimonio, *salvo non fosse giustificata col mezzo di scritto*.

Premessi questi non inutili cenni, noi troviamo nel presente art. 237 ben preveduto che i motivi di sospetto per avere un valore *devono provarsi* (cosa di cui le altre legislazioni non si occuparono): si avvisò che occorrendo una prova di prova testimoniale, ciò non doveva ammettersi che in gravi e rari casi; ma si omise di dichiarare *in qual punto del processo dovesse proporsi la eccezione, e sino a qual tramite del processo potesse presentarsi la prova scritta*.

Noi possiamo dedurlo dalle prescrizioni del l'ultima procedura nella parte non espressamente abolita da altre disposizioni di questo Codice, e dalla ragione.

Delle prime si è parlato. Il n° 5 dell'art. 247 ordina *che nel processo verbale si faccia menzione delle eccezioni di sospetto state proposte*. La legge adunque esige che siano proposte prima dei singoli esami, o almeno durante l'esame. Ciò è ben giusto. Lo stesso testimonio opportunamente interrogato può dare i più utili schiarimenti, le migliori giustificazioni. Riesce poi affatto incomprensibile che *dopo la deposizione* possa instaurarsi un processo testi-

Digitized by Google

moniale per provare una eccezione di sospetto contro un testimonio di già esaminato.

La stessa prova *risultante dallo scritto* dovrebbe portarsi prima: perchè non dovrebbe farsi vedere al testimonio e sentirne le risposte? Con tutto ciò ritengo che potrà sempre prodursi sino all'udienza, onde il tribunale (*) possa averne ragione nell'apprezzare la decisione.

La difficoltà maggiore potrà consistere *nei casi di sospetto sopravvenuti* a deposizione fatta, ma a giudizio ancora pendente. La quale previdenza pare non isfuggisse al legislatore, e perciò dettasse il *secondo capoverso* di questo articolo. Ivi di fatti si pronuncia che il motivo di sospetto *potrà anche essere proposto dopo compito l'esame*, di che il testimonio non potrà essere interrogato. Ma io porto ferma opinione *che solamente per sospetti sopravvenuti e gravi ciò possa farsi.*

4. Il testimonio, anche macchiato di sospetto, *è sempre esaminato.* Fu già il pensiero di Giustiniano: *procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quæstiones* (Nov. 90, cap. 7). L'articolo 291 del Codice di procedura francese esclude affatto il testimonio sospetto, contro cui a ragione si elevarono le censure degli scrittori.

Articolo 238.

I testimoni, se non consentano di presentarsi volontariamente, sono citati nel modo stabilito dall'articolo 133, con indicazione della causa per cui devono comparire, senza bisogno di alcun'altra formalità.

Nella citazione del testimone debbono osservarsi i termini stabiliti nell'articolo 147.

Annotazioni.

La citazione ai testimonii, ove occorra, il che non è frequente, si farà con quella forma che dicesi *per biglietto* (art. 133). Invece *dell'oggetto della domanda si avrà la indicazione della causa per cui devono comparire.* Si dice — *senza bisogno di alcun'altra formalità;* — ma qui delle formalità ce ne sono quanto basta, poichè si dovranno ben osservare tutte quelle che sono prescritte per la *notificazione della citazione* nell'art. 139. E dovranno pure osservarsi *i termini stabiliti nell'art.* 147.

Qui si domanda:

a) Sono forse applicabili, nelle contingenze ivi specificate, gli articoli 141, 142 e 143? Non i due primi, non essendo sottoposti ad esame nel regno testimonii o esteri o abitanti fuori del regno (art. 208, 2° capoverso); ma potrà rendersi applicabile l'art. 143.

b) Tale citazione che si fa ai testimonii, può esser annullata pei motivi indicati nell'art. 145, *e la domanda di nullità sarà di diritto delle parti?* Se il testimonio comparisce, ogni nullità è sanata. Ciò teniamo in primo luogo. E se nullità esiste, o perchè, atto informe non abbia i caratteri d'una vera citazione, o perchè la notificazione non sia stata regolarmente eseguita, e il testimonio abbia legalmente o realmente ignorata la chiamata, quale mai sarà la conseguenza? La parte che aveva interesse perchè fosse esaminato, la parte che ha così male adempito alla legge, non dovrà forse imputare a se stessa se il testimonio non è comparso senza sua colpa e non può essere esaminato? Io credo bene che quante volte fosse colpito dalla sanzione dell'art. 239 egli potrà difendersi allegando di non essere stato citato. E la citazione potrà rinnovarsi, quando sia ancor tempo.

Articolo 239.

Il testimone citato che non può comparire deve far noto al giudice procedente il motivo dell'impedimento. In questo caso la citazione si ripete per altro giorno, salvo ciò che è stabilito nell'articolo 215.

Se il testimone non comparisca, o ricusi di giurare o di deporre, senza addurre ragioni legittime, è condannato dal giudice procedente al rimborso delle

(*) Quando la materia è comune alle Corti, intendo sempre sotto nome di Tribunale di comprendere anche quelle.

Digitized by Google

spese cagionale da lui e in una pena pecuniaria non maggiore di lire cinquanta, oltre il risarcimento dei danni.

In questi casi si rinnova la citazione o si rimette l'esame ad altro giorno a spese del testimone; e s'egli non comparisca, o persista nel rifiuto di deporre o di giurare, è condannato al rimborso delle nuove spese e in una pena pecuniaria non minore del doppio della prima, e non eccedente lire cento.

Il giudice può inoltre ordinare che il testimone renitente sia condotto all'esame dalla forza pubblica, e condannare quello che persista nel rifiuto nella pena del carcere estendibile a giorni trenta.

Annotazioni.

1. Secondo il primo capoverso dell'articolo, *si possono addurre delle ragioni legittime*, tanto perchè non si comparisce, *quanto perchè si ricusa di giurare* o *di rispondere*. Contenta a questo cenno, la legge lascia alla dottrina il dichiarare come e quando ciò possa essere. Vi sono infatti certi segreti rispettabili e sacri che non devono essere violati. I confessori, gli avvocati, i procuratori, i medici, e così pure, io ritengo, i notai, potranno rifiutarsi di rivelare le confidenze intime di cui furono depositarii nell'esercizio del loro ministero o della loro professione. La dottrina è comune. Fra i canonisti, LESSIUS, l. II, cap. 30, 31; LAYMAN, *Theol. mor.*, lib. III, tract. 6, cap. 4, n° 8; FERRARIS, *Bibliot.*, v° *Testis*, art. 111, n° 38, ecc. Fra gli espositori dei Codici moderni, MERLIN, PIGEAU, *Proced.*, t. I, pag. 278; CHAUVEAU in CARRÉ, questione 1037; LEGRAVEREND, tom. I, pag. 236, ecc., e decisioni in gran numero.

Che tali testimonii possano tuttavia prodursi, che essi siano obbligati a presentarsi e deporre, nessun dubbio. Essi soltanto potranno dire se conservano veramente un segreto, e dichiarando in quali circostanze hanno ricevuta una confidenza che reputano inviolabile, ci faranno scorti se sia il caso di non dovercene far copia e di sottrarsi all'obbligo di rispondere alla giustizia, generalmente imposto a tutti i cittadini. Il caso è sì strettamente eccezionale che non sarebbe lecito il darvi la menoma ampliazione: quello stesso che crede di dover tirare un velo su certi più intimi segreti, può avere il dovere di manifestare una folla di altri fatti che ha conosciuti in circostanze diverse. Se non gli si potrebbe far debito del silenzio, l'astenersi dal deporre non è mai che una *facoltà*. L'art. 274 del Codice penale similmente dichiara che tali persone (cui si aggiungono i chirurghi, gli speziali, le levatrici e altre professioni in pari contingenze) *non possono esser obbligate a deporre*.

2. *Si rinnova la citazione* se il testimonio non è comparso; *si rimette l'esame ad altro giorno* se il testimonio si è ricusato di giurare o di deporre. Il differimento è dato alle riflessioni del testimonio onde, meglio consigliato, venga la seconda volta più disposto a soddisfare il debito suo (2° capoverso).

3. Evidentemente *due multe* sono caricate al testimonio per la raddoppiata contumacia; dopo che egli può esser percosso da mandato di traduzione, e finalmente subire la carcere sino a trenta giorni. Tutte queste condanne possono essere proferite dal giudice delegato all'esame.

4. Tali ordinanze sono soggette a reclamo in coerenza all'art. 209.

Articolo 240.

Quando il testimone non comparso si presenti in seguito e giustifichi un impedimento legittimo, il giudice può rivocare la condanna di lui, e lo esamina, se non sia ancora scaduto il termine utile per l'esame.

Articolo 241.

I testimoni sono esaminati separatamente l'uno dall'altro.

Quando i testimoni non possano essere sentiti tutti nello stesso giorno, il giudice procedente proroga l'esame ad altro giorno. In questo caso non occorre altra citazione nè ai testimoni nè alle parti, ancorchè queste non siano presentate.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — La separazione dei testi esaminandi è garantia di verità. Anche questa norma del processo, come tante altre, ci è tramandata dal diritto canonico. *Cap. venerabili* 52 *de testibus; glossa ibi verb. examinare.* Vi s'incontra anche una regola di temperanza che non può dirsi perduta. *Ac nullus testimonium dicat nisi jejunus.* La glossa però a questo luogo spiegava = *hoc de honestate dictum est non de necessitate:* sul testo in *Cap. honestum*, 16, caus. 22, quest. 6 = *honestum enim videtur ut qui in sanctis audet jurare, hoc jejunus faciat cum omni honestate et timore Dei.* Gli antichi trovarono un'altra garantia nel segreto della deposizione. Nella Leg. nullum Cod. de testib. è conservato un singolare monumento di quella età. « Omnes qui in civili scilicet causa suum præbent testimonium, *separato*, et tamquam (ante) judicium interim *deposito exceptionis foro privilegio*, *hujusmodi præsidio denudato* (argomento di uguaglianza per ogni testimonio), *ita ad judicantis intrare secretum* ut quicumque ares ejus offenderint, non dubitent sibimet formidandum; *data cunctis judicibus* absque ullo præscriptionis obstaculo, sicut sæpe dictum est (in testes) *quorum voces falsitate, vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti, animadvertendi licentia.* » Specie di autonomia del giudice interrogatore che anche la nostra legislazione considera inerente all'alto suo ufficio (art. 239). Due sistemi opposti si videro in Francia. L'ordinanza del 1667 circondava l'esame testimoniale del più impenetrabile mistero; la legge del 3 brumaio, anno II, la poneva al pieno sole della pubblica udienza. Non tardò ad apparire il Codice di procedura civile che in qualche modo conciliò i due sistemi, facendo seguire l'esame in presenza delle parti interessate. Le commissioni incaricate del progetto del nuovo Codice italiano hanno ripreso lo studio; il ritorno al segreto era impossibile; la tendenza del secolo è alla pubblicità. Ma non si è potuto fare notevoli innovazioni.

2. **Questione.** *È nullo il processo di esame se non è stato osservato il precetto doversi i testimonii esaminare separatamente l'uno dall'altro?* La legge non ha posto al precetto sanzione alcuna, come ha fatto in giudizio penale (art. 301 del vigente Codice di procedura penale). La imponente diversità dell'oggetto ce ne dà la spiegazione. Se manca la sanzione espressa, non si crede di potere arrivare sino al concetto dell'art. 56, 1° capoverso. Malgrado il senso di alta prudenza che governa questa disposizione, non sarebbe meno un esame di testimonio quello che seguisse in presenza l'uno dell'altro. Pertanto a sanare una nullità, che sostanzialmente non esiste, non sarebbe neppur d'uopo allegare la presenza delle parti contrarie assistenti senza protesta. Notiamo come per incidente che *non essendo mai il precetto rituale senza conveniente effetto*, effetti però assai diversi produce secondo la qualità e importanza dell'atto che prende a regolare. Ora la osservanza *è necessaria:* il difetto genera nullità. Ora l'effetto *è semplicemente morale.* Vi sono norme date ai giudici, che, inosservate, nè alterano il processo, nè influiscono sulla questione. La legge allora ha mirato ad un effetto morale: sa che il magistrato si farà un dovere di essere esatto, e nella massima parte dei casi otterrà l'intento. Talvolta la inosservanza, senza produrre nullità, partorisce purtroppo un disordine reale, che è forse la conseguenza peggiore. Un processo assunto senza quell'ordine che richiede questa legge, darà luogo ad eccezioni, scemerà l'efficacia della prova, turberà la coscienza dei giudicanti. Io credo anche potrà ordinarsi, secondo le circostanze, la rinnovazione di certi esami.

Aggiungerò una saggia cautela che ci è proposta dalla Relazione PISANELLI, che serve anche a dimostrare come non sia assoluta l'indole di questo precetto. « I testimonii devono essere esaminati separatamente; potranno essere nuovamente interrogati quando le deposizioni di altri testimonii lo rendessero necessario (necessità che si deve intendere nel senso di utilità); ove siavi contraddizione fra le deposizioni dei medesimi, il magistrato potrà porli fra loro in confronto. » Potere discrezionale che esiste sempre in queste materie benchè non espressamente attribuito. Ciò del resto è dichiarato dall'articolo 243.

Articolo 242.

Il testimone, prima di essere esaminato, deve prestare il giuramento a norma dell'articolo 226.

Digitized by Google

Il testimone, prestato il giuramento, e prima di deporre, deve dichiarare:

1° Il suo nome, cognome, la sua condizione, età e residenza;

2° Se sia parente o affine di una delle parti, e in quale grado, o se sia addetto al servizio di essa;

3° Se abbia interesse nella causa.

Annotazioni.

1. Il giuramento si presta *col rito descritto dalla legge*. Si presta *singolarmente* da ogni testimonio: la legge fa comprender abbastanza chiaramente che il giuramento in massa o in comune non soddisfa al suo voto. Se i testimonii sono esaminati separatamente deve ben esser così. Il testo medesimo si esprime in forma singolare, *il testimonio*.

2. Il giuramento *non si presume prestato*. Troveremo fra i requisiti del processo verbale (articolo 247, n° 3) *la menzione del giuramento prestato*. Non si creda però che basti una *menzione generica*. La espressione che *si è adempito alla prescrizione dell'articolo* 242, o anche essersi *prestato il giuramento voluto dalla legge*, non è sufficiente (BETTINI, 1856, t. II, pag. 783); non si può precludere alla difesa il diritto di censurare la forma specifica della prestazione; si deve sapere *in qual modo* si è giurato: il giuramento per noi è una cosa meramente estrinseca perchè non leggiamo nei cuori: è una formalità. Un testimonio cattolico che avesse giurato alla forma ebraica, o viceversa, o non avesse ripetuta la formola sacramentale *giuro chiamando Dio, ecc.*, testimonio non sarebbe.

3. Più grave il sapere *se la deposizione non regolarmente giurata sia nulla*. L'articolo 262 della procedura francese commina espressamente la nullità: nullità che quell'articolo estende ad altre formalità di assai minore importanza: ed è troppo. La tradizione ci mostra che ogni volta che si ebbe ricorso alla religione del giuramento per attestare una verità, non si dubitò mai che se ne potesse far a meno, quasichè non si trattasse che di una cautela utile bensì ma non necessaria, quasichè il chiamar Dio in testimonio fosse una cosa indifferente (Leg. jusjurandi 9, e Leg. 19 Cod. de testibus cap. 17, 29, 39 de testibus; cap. si testes 3 causa 4 quæst. 2 et 3; cap. hortamur 20 causa 3 quæst. 9, e tutti gli scrittori teorici e pratici). Ma la nostra legge, dopo avere ordinato il rito, non ha espressamente dichiarato, come ha fatto in altri casi già osservati, che la deposizione non giurata colla precisione del rito imposto sia nulla. Sarebbe forse *della essenza della deposizione?* È certamente della essenza della deposizione il giuramento, o, in altri termini, *è una condizione* di essa *ogni volta che si pretenda attribuirvi quella efficacia provante che è annessa a siffatta natura di prova*. La deposizione sarebbe nulla, *perchè non esisterebbe come prova testimoniale*. Questione, *se il giudice possa tenere qualche conto di una deposizione non giurata*, o se tenendone conto porti in seno alla sua sentenza un elemento infetto o tale da renderla nulla? Non so se l'avvertenza sia mai stata fatta; io almeno non l'ho trovata, o mi è sfuggita. *Farei una distinzione:* se la parte avversa ha fatto istanza perchè la deposizione sia dichiarata nulla come contraria alla legge, e quindi priva di qualunque efficacia, il giudice dovrebbe rigettare assolutamente dal processo questo mezzo di prova, non potrebbe tenerne il menomo conto. In caso diverso la dichiarazione del testimonio, benchè non giurata, non essendo però oppugnata, potrebbe, io credo, nella oscurità dei fatti valere al giudice come uno schiarimento; *testimonianza imperfetta*, ma elemento di convinzione non formalmente negato, non condannato dalla legge (come nei casi in cui la prova testimoniale è proibita), non si direbbe destituito di ogni valore indiziario (Argom. dagli articoli 236, capoverso, 237, capoverso 2°). Per servirmi di una espressione di BONNIER (*Des preuves*, n° 242) *une déposition de cette nature ne pouvait jamais être une unité, mais tout au plus une fraction dans le calcul légal des témoignages*.

Del resto non esageriamo questo potere della legalità in fatto di prove apprezzabili dalla convinzione nel tempo stesso che vogliamo rispettarlo. Il giuramento è un requisito della testimonianza; la legge crede di poter presentare alla convinzione del giudice un elemento affinato, si direbbe, al fuoco della religione; e in vista di un interesse superiore che non ha confronto quaggiù, purgato da ogni mala disposizione al mentire. Ma la legge non dice al giudice: dovete credere al testimonio perchè ha giurato, come non dice al giudice: dovete credere a due testimonii, perchè due valgono più di uno. Questo era il sistema della prova legale, ma la prova legale

in fatto di convinzione morale è un assurdo. La legge non fa altro che trasportare il testimonio in quella condizione presunta di moralità che, secondo essa, è la più acconcia alla sincera manifestazione del vero. È tutta quella garantia che può dare a coloro che hanno bisogno di ricorrere a questo fragile mezzo. Se il magistrato non fosse un uomo di probità e di religione, com'è suo dovere di essere, la legge gli parlerebbe un linguaggio inintelligibile; a un ateo sarebbe inutile il dire che l'uomo che ha giurato per Dio merita fede maggiore di un altro che non ha giurato; ma essa ha presentito che nel tacito appello che viene facendo alla coscienza del magistrato sarà intesa, sarà apprezzata. Così, senza imporre alla coscienza di lui, tende a persuaderla. In ciò la prova testimoniale differisce dalle altre letterali o precostituite. Queste si dànno al giudice come una verità preesistente ch'egli non deve far altro che affermare; quella subisce una preparazione, una elaborazione, direi, che in qualche modo la perfeziona nel genere suo, ma la legge non vuole nè può cangiarne la natura; e contenta di aver fatto dal canto suo quanto era possibile, permette la valutazione. Ma intendiamoci. In civile bisogna render conto anche delle convinzioni. Se un giudice che ha innanzi due testimonii giurati e due testimonii non giurati, o gravemente sospetti, preferisce questi a quelli senza motivare il suo criterio, arrischia di fare una sentenza censurabile; perchè in effetto renderebbe illusoria la legge, confondendo per un atto della di lui volontà i gradi della credibilità legale. *Prova legale* e *credibilità legale* sono evidentemente concetti dissimili; la prima è necessità del giudice, la seconda è norma che deve seguire finchè un principio superiore, la legge della coscienza, non gliene imponga una diversa. E di questa maniera il concetto della ragione, come della osservanza di codesto istituto, è ridotto a' suoi veri termini.

Articolo 243.

Il testimone deve rispondere a voce senza che possa leggere risposte preparate in iscritto. Il giudice procedente può permettergli di ricorrere a note o memorie, quando lo richiedano la qualità del testimone o la natura della causa.

Il giudice può d'ufficio, e deve, sull'istanza delle parti, fare le interrogazioni opportune per meglio chiarire la verità. Può anche, dopo che i testimoni hanno deposto, porli in confronto tra loro.

È vietato alle parti e ai loro procuratori di interrogare il testimone o d'interromperlo. Essi debbono per quest'oggetto rivolgersi al giudice procedente, sotto pena di un'ammenda estendibile a lire venticinque, e anche dell'espulsione dal luogo dell'esame.

Articolo 244.

La deposizione si scrive nel processo verbale in persona prima, e si legge al testimone finito il suo esame, chiedendogli se persista in essa.

Il testimone può farvi le variazioni e aggiunte che creda, le quali sono scritte in fine della deposizione.

Articolo 245.

Finito l'esame del testimone, si deve chiedergli se vuole un'indennità, e, in caso affermativo, il giudice ne fa la tassa in margine della deposizione e ne ordina il pagamento. Questo provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha presentato il testimone.

Annotazioni.

È chiamato qui con poca proprietà *provvedimento* quello che è veramente *una sentenza*, un *titolo esecutivo*, classificato nell'art. 554. *Sono titoli esecutivi..... 2° le ordinanze e gli atti ai quali sia attribuito dalla legge un carattere esecutivo.* Se il testimonio cui è asse-

gnata la indennità, non è pagato, farà spedire dalla cancelleria *la copia dell'atto in forma esecutiva* secondo il tenore dell'art. 556, e la farà notificare alla parte che lo ha indotto, dalla quale deve percepire la tassa. La ordinanza però è soggetta a reclamo giusta l'articolo 209.

Articolo 246.

Quando durante il termine per l'esame una delle parti ne domandi la proroga, il giudice procedente, concorrendovi giuste ragioni, può accordarla; e, nel caso di contestazione, rimette le parti a udienza fissa.

Le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine stabilito o prorogato sono nulle.

Annotazioni.

1. Il nostro processo di esame molto più sciolto del francese che impone il cominciamento entro gli otto giorni (articolo 257), la espressione dell'articolo *durante il termine per l'esame*, ci persuadono che dentro i trenta giorni (o dentro il qualunque altro termine che sarà stato assegnato) si potrà domandare e ottenere la proroga, ancorchè l'esame non fosse stato neppure incominciato: esempio da non abusarne, caso assai raro, tuttavia non impossibile. I testimonii erano assenti, infermi; la parte inducente si trovò colpita da grave sciagura, la pestilenza era minacciosa, e che so io. *Devono concorrere giuste ragioni*, dice la legge: espressione ben capace di comprendere colla ragione giuridica anche la morale: onde un potere discrezionale abbastanza esteso per regolare il tempo deve ritenersi attribuito al giudice dell'esame (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1092; Corte di Tolosa, 13 giugno 1825; SIREY, lib. XXV, tit. II, pag. 298; Corte di Bruxelles, 2 luglio 1832, *Journal de cette Cour, etc.*). *Due condizioni però limitano il suo arbitrio*: 1ª che la proroga sia domandata *durante il termine dell'esame:* perchè non può riviver termine che è già spirato, perchè si reputa abbandonata la facoltà di chiedere la proroga; 2ª *condizione*, o piuttosto limite, che il tempo della proroga non ecceda l'ordinario; questo è sottinteso e implicito, perchè l'ordinario è sempre il termine normale.

a) Si è disputato *se la nullità della citazione che avrebbe dovuto inviarsi alla parte per intervenire all'esame sia motivo legittimo per domandare la proroga.* Fu decisa la negativa da una Corte che, trovando appartenere a chi è in questa condizione il rimedio della nullità, ritenne dovesse prima questo rimedio esperirsi (Corte di Bruxelles, 10 dicembre 1811, *Journal Ac.*, t. XI, pag. 109). Ma perchè mai se la via della proroga è più semplice, più facile, meno costosa, non dovrebb'esser concessa? Se la parte rinunzia al suo diritto, per valersi di un altro che da questa medesima circostanza è giustificato, perchè dovrebbe respingersi? (Così pensa anche il CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1093.)

b) *Si può domandare la proroga ad oggetto di far sentire nuovi testimonii?* La giurisprudenza francese è divisa. Si dice per la opinione negativa che la facoltà di chiedere una proroga non può riguardare che lo svolgimento dell'esame dei testimonii in tempo e regolarmente prodotti; che una volta espleto l'esame, cessa la ragione della legge; che non si tratterebbe più *di prorogare il termine dell'esame* (secondo il tenore della legge), *ma di farne un nuovo.* In contrario si osserva che il Codice non prescrive che tutti i testimonii abbiano a prodursi *in un dato tempo e in una sola volta;* che la legge che accorda la facoltà della proroga è generica e non distingue un motivo dall'altro, e questo motivo può esser ragionevole quanto un altro. Aggiungerò che questa seconda opinione è venuta sempre acquistando maggior numero di fautori, e ora può dirsi dominante (PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 531; FAVARD DE LANGLADE, t. II, p. 352, nº 9; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1093, e molte decisioni).

È giusta quella giurisprudenza? È forse diversa la nostra legislazione? Io credo che sia nel voto della legge rendere più che sia possibile, userò questa parola, compatto l'esame di prova e di riprova; credo ch'essa prediliga l'esame simultaneo e per la speditezza, e per quel carattere di unità che il giudice, a cui tutta la materia è fornita, può imprimere al processo; l'articolo 231 nella sua espressione denota una presentazione contemporanea, una mutua comunicazione dei testimonii: ma non ha nulla di perentorio, di esclusivo, di fatale. Non è vietata una indicazione successiva, purchè la notifica avvenga sempre *cinque giorni avanti l'esame.* La pratica vi ha dato il nome

di *nota suppletiva*. Più grave è certo il lasciar consumare pressochè tutto il termine, e là in quell'estremo indurre nuovi testimonii. È anche vero che minore scusa ci offre la nostra procedura più larga nel tempo e meno impacciata di periodi iniziali e terminativi; ma in fine non c'è divieto, e la scoperta di un testimonio interessante e prima ignorato, o la possibilità di presentarlo che prima non si aveva (per esempio se giunto or ora da paesi lontani), può scusare la tardità e far persuaso il giudice della convenienza della proroga a questo effetto. (Così fu deciso dal Tribunale di commercio di Torino nel 21 novembre 1857, BETTINI, 1857, p. II, pag. 782.)

c) *Ma potrà anche domandarsi proroga per far risentire testimonii già esaminati?* E perchè no, se da forti ragioni fosse consigliato? Supponiamo che siasi manifestata per un caso impreveduto una circostanza nuova che ha bisogno assolutamente di esser proposta a qualcuno dei testimonii di già sentiti; supponiamo che una causa affatto nuova di sospetto sia emersa contro un testimonio e potrebbe essere da lui onestamente spiegata: perchè pendente ancora il termine di trenta giorni ma che spira all'indomani, non mi sarà permesso di domandare una proroga di otto giorni per mettere in chiaro il fatto? Perchè sarete così avari del tempo a scapito d'una verità che dopo questo breve periodo non potrete più raccogliere? Credo quindi doversi respingere la contraria opinione del PIGEAU, del DALLOZ e di qualche altro, e ammettersi invece quella del CARRÉ, quest. 1075 e 1093. E dirsi in generale che dev'esser sempre luogo alla ricerca della verità che è lo scopo obbiettivo della prova, *sino al punto in cui sia possibile a farsi*, sino al punto cioè in cui legge del rito, che ha pure la sua ragione di essere, non dica formalmente: *il processo è chiuso*.

d) *Di una seconda proroga*. Appena si vuol notare *che il termine più lungo dei trenta giorni, che può esser assegnato in principio a tenore dell'articolo* 232, non può aversi come termine prorogato; esso rappresenta il primo termine. — La legge non dice neppure che la proroga dell'articolo 246 sia assolutamente definitiva. In questo medesimo stato della legislazione si è trattata dai procedaristi francesi la questione *della seconda proroga*. Con quel senso di equità che li dirige, alcuni dei migliori, e qualche decisione in casi serii, l'ammisero (THOMINE, t. I, pag. 481; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1098; Corte di Bésançon, 25 gennaio 1832, *Journal Av.*, t. II, pag. 183). È palese che la causa non potrebb'essere che gravissima; e il criterio da seguirsi sarà sempre che il richiedente non sia imputabile della menoma negligenza per parte sua. Anzi, secondo l'articolo 47, si esige di più, *si dee giustificare il caso di forza maggiore:* tutto ciò ove non intervenga il consenso espresso delle parti.

e) *Può il giudice delegato in qualche altro caso, oltre quello segnato in quest'articolo, interromper l'esame e rinviare le parti a udienza fissa, ossia avanti il collegio, per risolvere alcuna contestazione che a lui si presenti?* Posto il problema sotto un punto di vista così generale, non è senza interesse. La Corte di cassazione di Francia decise che il giudice delegato *ne peut interrompre ses opérations pour renvoyer les parties à l'audience que dans le cas de l'article* 280 (che è il nostro 246). Cassazione, 9 marzo 1836, *Journal Av.*, t. LVI, pag. 337. Non potrei adottare una proposizione sì assoluta. Distinguerei fra le vertenze che sono per sorgere *intorno al processo di esame*, e quelle che non appartengono propriamente all'esame, ma hanno la loro ragione in qualche altro istituto della procedura. Quanto alle prime io ho più volte ravvisata nei giudici delegati una facoltà che nello spirito del moderno Codice ha ricevuto delle proporzioni anco maggiori. Le sue ordinanze sono soggette a reclamo, come dissi altrove, ma il potere di proferirle prova l'ampiezza della sua giurisdizione che, dentro il cerchio della sua delegazione, è quella stessa del tribunale. Vero giudice istruttore, egli amministra il processo con quella regola di prudenza che è un attributo della sua nobile funzione: ma che sarebbe se, per es., si opponesse che avendo una delle parti cangiato di stato nel corso del processo, essa non può rimanere in causa se non legittimamente rappresentata; o in altro modo è sopraggiunta una condizione di cose per cui il processo d'esame non può più proseguire? Evidentemente il giudice delegato dovrebbe rinviare la questione al collegio: egli non potrebbe deciderla.

2. *Scaduto il termine*, non si ascoltano altri testimonii; le deposizioni che venissero assunte *sarebbero nulle. La condizione d'illegalità è dichiarata dalla legge*. Non si tratta di un *elemento imperfetto* di prova che ha pure, o può avere, un qualche peso nella convinzione, è un elemento spurio da rigettarsi; entrando nelle considerazioni della sentenza ne guasterebbe l'ordito, sarebbe vizio che tanto più la pone in pericolo d'annullamento, quanto si dimostri aver esercitato maggior influenza sull'animo del giudice.

3. *Ricerche intorno al corso del termine, e in genere intorno alle modalità del processo testimoniale, allorchè la parte, contro la quale si forma, rimase contumace.* Combinandosi questo tema con quello della contumacia, sono costretto a precorrere alquanto le osservazioni che meglio a quel luogo saranno svolte.

L'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale (art. 230) può esser proferita in contumacia, giusta il disposto dell'articolo 380. Lo stato di contumacia non varia almeno sostanzialmente il rito che alle diverse specie d'istruzione è preordinato. Ciò è tanto nel 1° capoverso dell'articolo 385. Nondimeno è della natura di siffatti giudizi il non potersi notificar gli atti (che devono esserlo) fuorchè alla stessa parte, che, quantunque rimasta volontariamente estranea, per quanto si crede, al giudizio, deve conoscere, a dir così, nel suo nascondiglio tutto quello che si opera a danno suo.

Ci sono tre testi che hanno un rapporto fra loro e abbracciano questo punto di diritto giudiziale: il 232, 1° capoverso, il 246 e il 386, 1° capoverso. Il secondo di essi potrebbe dirsi generale, accennando al termine *come limite del corso dell'esame e misura della sua legalità.* L'articolo 232 tocca della sospensione legale del termine, supponendo l'esistenza dello stato di contumacia o dell'appello. Il terzo è più speciale e determinativo, stanziando: « Se « il contumace comparisca scaduto il termine « per controdedurre le prove testimoniali, o « far seguire la prova contraria, non può va- « lersi di questi mezzi di prova » (*). *La scadenza del termine* è il risultato di un calcolo che elimina gli intervalli d'interrompimento e di sospensione come non facenti parte di esso termine. Ora vediamo di che si discute in Francia, e se la questione sia risoluta dal nostro Codice.

Secondo l'articolo 156 del Codice francese le sentenze contumaciali (*par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué*, perchè noi non parliamo di quelle che si pronunciano *faute de plaider*), le sentenze contumaciali si risolvono per la opposizione *sino alla esecuzione della sentenza* (articolo 158), esecuzione che deve farsi *entro sei mesi.* Ma il dubbio qual è, qual è l'importanza della questione? Eccola: se l'attore lascia trascorrere questo termine senz'aver dato esecuzione alla sentenza, vale a dire senz'aver cominciato l'esame, arrischia di sentirsi contrapporre la prescrizione dei sei mesi e di non poterlo più fare; se invece comincia l'esame prima dello spirare dei sei mesi, corre pericolo di vedere annullati i suoi atti come prematuri. In qual modo può mai incorrersi questo pericolo, e avverarsi tale sconcio? Vero è bensì che l'articolo 158 abilita il contumace a comparire *sino alla esecuzione della sentenza*, e che potendosi sino a sei mesi la esecuzione differire, lo stesso spazio si ritiene accordato alla comparizione del contumace. Ma è vero altresì che *dopo otto giorni dalla notificazione al contumace*, la sentenza può essere eseguita. Quale difficoltà adunque perchè non si possa dopo gli otto giorni cominciare e proseguir l'esame, se questa operazione non è altro che l'eseguimento della sentenza medesima? La difficoltà sarebbe tolta, anzi non ci sarebbe mai stata senza quel precetto dell'art. 257, se la sentenza è suscettibile di opposizione, *le délai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition.* Questo adunque è un caso in cui non si può eseguire la sentenza dopo otto giorni, ma bisogna aspettare che trascorra tutto il tempo nel quale può farsi opposizione. Non è possibile dire quante controversie siano nate dall'apparente incompatibilità di quei due articoli.

Nondimeno il buon senso e una saggia ermeneutica, frammezzo a diversi sistemi, hanno condotto i pratici a decidere che *quindici giorni dopo la notificazione* può mandarsi ad esecuzione la sentenza, cioè cominciarsi l'esame (PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 500, 501 e seg.; BONCENNE, BOITARD, DALLOZ, *Enquête*, cap. II, art. 5, § 2, n° 179 e seg.; CARRÉ e CHAUVEAU, all'articolo 257, quest. 1004; COFFINIERES, *Journal Av.*, antica ediz., t. III, pag. 250). Diciamo quindici giorni; poichè *otto giorni* rappresentano il primo termine di sospensione stanziato dall'articolo 155 a favore del contumace; e altri *otto giorni* sono prefissi dall'articolo 257 al cominciamento dell'esame. Diventa, stando a questo sistema, non più un diritto, ma un *obbligo* il cominciar l'esame *nei quindici giorni*, prima cioè della scadenza del secondo termine. Poichè se è *facoltativo* dare esecuzione alla sentenza contumaciale *entro un semestre*, tale facoltà viene d'altro canto ad essere limitata dall'articolo che impone il cominciamento dell'esame entro gli otto giorni, onde abbiam detto che *la facoltà* diventa obbligo.

Questa soluzione generale suppone quella di

(*) *Controdedurre la prova testimoniale* è portare altri testimonii sulla stessa materia di esame: *far seguire la prova contraria*, ha significato più ampio, e si estende eziandio *a nuova materia di prova* (V. la esposizione dell'art. 229).

altre difficoltà che si presentano, *subalterne a caso deciso*, ma che importerebbero nella loro accettazione una non tenne varietà negli effetti. Mi si permetta il toccarne brevemente anche perchè sarà attenuato il mio compito esponendo l'istituto della contumacia che domanderà delle osservazioni non poche. Così, se non m'inganno, si penetra nel fondo della istituzione, onde se questa nota parrà troppo lunga, mi sarà perdonato.

Si è disputato adunque: 1° *se le condizioni dell'attore e del reo contumace fossero pari*; o *non piuttosto costui avesse facoltà di contare i giorni del controesame da quello della sua comparsa in giudizio*; 2° *se la sentenza deve ritenersi eseguita al momento che l'esame comincia*; o *piuttosto allora soltanto che sia compito*. Il che, secondo la legislazione francese, produrrebbe a favore del contumace il diritto di comparire *anche dopo cominciato l'esame*: diritto ch'egli non avrebbe se il cominciamento dell'esame fosse vera esecuzione. Io che non sono di quelli che aspirano a popolarizzare la scienza della procedura (la meno popolare del mondo): io che parlo ai dotti, non ho qui bisogno di ricordare che questa seconda proposizione implica una delle più ardue e spinose questioni del fôro francese, anche presa in se stessa e indipendentemente dalle altre che qui si aggruppano, atteso quella deplorabile appendice che fu posta all'articolo 159, che sembra distruggere i precedenti dettati (capoverso dell'articolo 159). Dirò pochissimo, e partirò da punti determinati.

Il primo problema è stato risoluto dai migliori nel senso che la condizione dell'attore e del reo contumace non è punto diversa; che prova e controprova devono seguire simultanee; che peggio pel contumace se ha lasciato passare il termine utile (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1005).

Il secondo è stato pure risoluto con quella dichiarazione che si legge nel corpo dell'articolo 159: *ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la perte défaillante* (CHAUVEAU, quest. 1005). Da questo passo si deduce che l'articolo 159 non è *tassativo*, ma *dimostrativo*; che quantunque l'esame non sia annoverato fra gli atti propriamente di esecuzione, tale deve ritenersi in virtù di questa clausola generale; che la ordinanza del giudice delegato non è propriamente atto di esecuzione, ma lo è *la notificazione della lista dei testimonii e l'invito che si fa al contumace per intervenire all'esame; che dal momento che codesta notifica gli vien fatta, decorre il termine a fare opposizione*: ne segue che se non penserà una volta ai casi suoi, se non si farà vivo, se non presenterà la controprova, sarà decaduto dal diritto.

Ora veniamo a noi. Si è veduto quale sia la disposizione dell'articolo 386. Il contumace può sempre comparire *sino alla sentenza definitiva*, ma è possibile che siano state proferite delle sentenze interlocutorie che il contumace, mantenendosi silenzioso, non ha punto impugnate. Or bene: gli è stata notificata una sentenza di ammissione di testimonii prodotti dalla contraria parte. *Non ha fatto opposizione in termine* (quale sia il termine a fare opposizione lo vedremo a suo luogo, art. 474 e seg.): potrà ancora comparire sino alla sentenza definitiva, come si è detto, ma intanto decorrono a danno suo i termini *per controdedurre la prova testimoniale, o far seguire la prova contraria*. E così ogni dubbio è ragionevolmente definito, rimossi gli imbarazzi della legislazione francese. Noi partiamo da un punto affatto diverso. Noi non facciamo dipendere il diritto del contumace a comparire *dalla esecuzione della sentenza*. In effetto il termine a comparire si divide in un primo periodo, si direbbe, o sezione del termine in cui la comparsa del contumace ha l'efficacia di impedire ogni atto di esecuzione; e in un periodo tardivo, posteriore a quello nel quale la sentenza potè esser eseguita, e allora la sua presentazione in giudizio *non solamente non è capace di annullare i fatti di esecuzione che ha dovuto subire, ma neppure a ricuperare quei diritti di difesa dai quali è decaduto*.

Da ultimo figuriamo in brevi tratti *un processo testimoniale che si eseguisce in contumacia del convenuto*.

Il contumace che persiste nella sua contumacia vede perire il diritto della prova contraria (come si è detto), che ha un tempo limitato nell'articolo 229).

Quali saranno le notificazioni da farsi al contumace? Senza dubbio gli devono essere successivamente notificati gli atti che nell'articolo 229, 230, 233 (la ordinanza), 234, 246, 248 sono indicati. Nel che si procede secondo la norma dell'art. 385.

Dalla notificazione delle sentenze e dei provvedimenti, e che non siano semplici istanze e mere ordinanze d'istruzione (art. 385), *vi ha forse di mezzo qualche termine sospensivo?* Per le sentenze, il termine di appellare o di fare opposizione (quando abbia luogo); per i provvedimenti emanati dal giudice delegato (articolo 209) quello dato al reclamo dall'art. 583.

Ma siffatti termini parziali e diversi vanno

essi eliminati dal termine generale stabilito per l'esame? Dal punto in cui il corso del termine è cominciato in relazione all'art. 232, esso continua senza interruzione, *dovendosi considerare compresi nel termine generale quei termini che dividono, secondo l'esigenze del rito, un atto dall'altro*, quelli che sogliono susseguire alle notificazioni. (Per es., secondo l'art. 234, si devono lasciar liberi *cinque* giorni; altri giorni di mezzo occorrono per gli articoli 238, 239, ecc.) Codesti intervalli o spazi e termini intermedii non sono sospensivi del termine generale, essendo quasi giunture o membrane, mi si permetta la frase, del processo testimoniale; sospensivi sono quei termini che non riguardano propriamente l'incesso, la struttura, e l'organismo del processo medesimo, ma derivano la loro virtù sospensiva dai principii generali della procedura; *e hanno lo scopo di render comodo alle parti l'esercizio di certi diritti che appartengono alla difesa generale*, non contenuti, intendo, nell'angusta palestra del processo testimoniale. Tali sono i termini per appellare dalle sentenze; tali quelli per provvedere alla propria difesa, a causa di morte, di cessazione d'ufficio, ecc., per deliberare sull'eredità e simili.

Articolo 247.

Il processo verbale dell'esame deve contenere

1° L'indicazione dell'anno, mese, giorno e dell'ora in cui l'esame ebbe luogo, delle rimessioni ad altri giorni e ore, e della proroga che si fosse concessa;

2° Il nome, cognome, la residenza, o dimora delle parti e dei testimoni, e la menzione della loro comparizione o della loro assenza;

3° La menzione del giuramento prestato;

4° La menzione delle risposte di ciascun testimone;

5° Le eccezioni di sospetto state proposte;

6° La dichiarazione se le interrogazioni siansi fatte d'uffizio o ad istanza delle parti;

7° La menzione se il testimone abbia chiesto indennità, e in quale somma gli sia stata accordata;

8° La menzione della lettura al testimone delle sue deposizioni, e delle variazioni ed aggiunte che vi abbia fatte;

9° La sottoscrizione di ciascun testimone, o la menzione che egli non potè o non volle sottoscrivere;

10° La sottoscrizione delle parti e dei loro procuratori, se presenti;

11° La sottoscrizione del giudice e del cancelliere.

Vi è nullità se non siansi osservate le disposizioni dei numeri 9 e 11.

Vi è altresì nullità, se l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni accennate negli altri numeri produca assoluta incertezza circa il tempo in cui seguirono gli esami, o il loro oggetto, o le persone dei testimoni o delle parti, o l'adempimento delle formalità stabilite e il cui difetto porti nullità, salvo sempre in ogni caso di omissione o di errore l'applicazione delle pene disciplinari al cancelliere.

Annotazioni.

1. L'art. 322 del Cod. di procedura del 1859 è stato ritenuto con due sole correzioni di forma: *a*) Art. 322, n° 4. Doveva farsi menzione *delle risposte date dai testimonii alla interrogazione se fossero parenti, ecc.*; poi nel n° 6° si diceva che *il processo verbale doveva contenere la deposizione di ciascun testimonio.* Ora con maggior semplicità, e tutto comprendendo, si pone al n° 4° del nostro articolo *la menzione delle risposte di ciascun testimonio*; *b*) art. 322, n° 5. *Le eccezioni state proposte:* l'art. 247 aggiunge *di sospetto*, e mostra esser queste le sole eccezioni di cui deve per legge farsi menzione nel verbale; il che però non impedisce che possa farsi menzione di altre eccezioni dichiarazioni o proteste, che il giudice nella sua prudenza abbia creduto inserirvi.

2. La sola forma indispensabile, sacramen-

tale, è quella dei n^i 9, 11. Di fatti son quelle che dànno *l'autenticità all'atto*. La *esistenza* dell'atto prima di tutto: di poi il vedere se il contenuto sia sufficiente, se la scrittura rilevi ciò che principalmente interessa al legislatore di accertare. Il capoverso dell'articolo discerne gli elementi sostanziali della prova: *il tempo*, *l'oggetto o materia* dell'esame; *le persone dei testimonii o delle parti* (che meglio leggerebbe E *delle parti*, se pure non è una edizione fra le scorrette che vanno attorno, e io ne ho confrontate parecchie). Seguitando il discorso, viene una clausola che dice: vi è altresì nullità se l'omissione o l'inesattezza produca assoluta incertezza *circa l'adempimento delle formalità stabilite, e il cui difetto porti nullità*. Simili clausole generiche e vaghe sogliono avere per retaggio la confusione e l'imbarazzo: sono queste che generano le liti e dànno ai cattivi litiganti buona materia. Eccoci a chiedere quali sono *le formalità che portano e quali non portano nullità*. Nel presente titolo non troviamo che due sole volte bandita la *pena di nullità:* nell'art. 233, e nel 234 con riserva. Ma sono forse quelle le formalità che interessano il processo verbale? Niente affatto. L'art. 247 non accenna neppure all'obbligo di tenerne ricordo; e in vero appartengono piuttosto agli atti della causa che alla *storia dell'esame*. Ma quale altra formalità sarebbe tuttavia necessaria ad essere registrata nel processo verbale perchè *la inosservanza di essa produca nullità?* Io non ne veggo che una sola, quella del n° 3°, ossia *la menzione del giuramento prestato*. Poichè sebbene nè l'art. 242 nè il 226, a cui quello si riporta per la specialità del rito, non rechi la sanzione irritante o annullativa, ciò sembra di essenza dell'atto dal quale il deponente assume il suo carattere di testimonio (*).

La legge, che giustamente si fa carico di dissipare le incertezze, ci lascia intanto in una doppia incertezza. *Se non si fa menzione del giuramento prestato, è nullo il processo verbale?* Prima ricerca. Io ho ben detto or ora che il giuramento dee tenersi di essenza dell'atto, e lo ripeto. Ma vi sarebbe *un difetto morale* o *una nullità?* In altre parole, si nega fede, o almeno la intera fede, al testimonio che non ha giurato; ovvero la deposizione è nulla, e nullo l'atto che la contiene? Quello che è certo, e ha valore di un principio nella giuridica dei processi verbali, si è che il processo verbale è il solo ed esclusivo depositario della verità storica della operazione giudiziale a cui si applica. Essa non può venirci da altra fonte: il processo verbale può esser attaccato di falso, ma fuori di questo, il processo verbale è la verità. Adunque *se non si è fatta menzione del giuramento prestato dal testimonio*, il testimonio non lo ha prestato. È forse possibile che la clausola sopra trascritta non abbia neppure applicazione in questo caso? Tanto è possibile, che io credo veramente sia così. Imperocchè ho già detto in qual modo e a qual effetto io ritengo necessario il giuramento del testimonio: la parte a cui interessa la opposizione, eccepirà questo solenne mancamento per atterrare la testimonianza, ma il processo verbale starà. Per tale ulteriore dimostrazione io sono in gran sospetto che la clausola di cui ragiono non sia completamente inutile.

C'è un altro dubbio. Verificandosi che *qualche omissione* o *inesattezza circa le formalità necessarie* (che non riguardano nè il tempo, nè l'oggetto, nè le persone) portasse nullità, *perirebbe forse lo stesso processo verbale*, e col processo verbale tutta la operazione dell'esame; ovvero vi si vedrebbe insinuata una specie di *nullità parziale*, relativa e solo applicabile a quell'atto, od anche a quella testimonianza che sarebbe colpita dal vizio?

Io prego chi ha la sofferenza di seguirmi in queste sottili ricerche, di rammentare come la descrizione storica della operazione dell'esame, che è il processo verbale, si discerna dalla operazione medesima. La operazione può essere incensurabile, e tuttavia esser nullo il processo verbale, e viceversa. Nulla la operazione, il processo verbale che la descrive è un epitaffio posto sopra una tomba: ricopre delle ceneri. La nullità può bene risultare da vizi che non sono nè del processo verbale, nè enunciati nel processo verbale, pregando qui pure ad avvertire che *altro è che tutto ciò che in esso si contiene si debba ritenere per vero* (come si disse di sopra), ed altro che fuori di esso possano esistere delle cause giuridiche annullative del processo. Per esempio, *se non fosse stata notificata al procuratore contrario e col termine di rigore* la ordinanza indicata nell'art. 233. Ora il presente articolo 247 non concerne altra cosa fuorchè *quell atto della procedura* che si chiama processo verbale; *e questo non può esser nullo in parte, ma dev'esserlo in tutto.*

Le leggi dovrebbero essere scritte con un rigore da non invidiare quello delle scienze esatte. *Vi è nullità*, dice il nostro articolo; e in appresso *vi è altresì nullità*. Ciò è impro-

(*) Ho già detto al n° 242 che la deposizione del testimonio non giurata può esser annullata. Veggansi quelle ANNOTAZIONI, e le nostre idee si troveranno in relazione.

Digitized by Google

prio. È una locuzione che fa dubitare *di nullità parziale*. Si doveva dire semplicemente, *il processo verbale è nullo*... Ma checchessia, è palese che il processo verbale non è annullabile in parte. Imperocchè, o il vizio attacchi la sua stessa esistenza (n° 9 e 11), o qualcuno degli elementi essenziali del processo testimoniale (tempo, oggetto, persone) manca di alcuna delle condizioni della sua vitalità.

Concludo pertanto: 1° che il non essersi fatto menzione nel processo verbale del giuramento prestato dal testimonio non annulla lo stesso processo verbale, ma solo proverebbe che il testimonio non lo ha prestato, e la testimonianza non avrebbe la efficacia legale che le compete; 2° che se per questa o per altra ragione il processo verbale contenesse un vizio portante nullità, l'atto sarebbe nullo in tutto e non in parte.

Si può fare anche un'altra ipotesi. Che il processo verbale *abbia bensì dato cenno di giuramento prestato, ma in modo incompleto e insufficiente;* per esempio, senza descrivere il rito e con una indicazione generica. Io esternai opinione (all'art. 242) che, tutto essendo sacramentale nella formola religiosa, la indicazione generica doveva ritenersi insufficiente. Fingiamo dunque un processo verbale con questo peccato addosso, per cui non potrebbe più dirsi — *il testimonio non ha prestato giuramento* — ma si avrebbe anzi la prova del contrario; solamente non risulterebbe se poi in effetto si fosse adempita la formalità in ogni parte. In tal caso allo stesso processo verbale e al suo redattore sarebbe imputabile una dizione così trascurata e imbarazzante. E il verbale sarebbe perciò nullo? Io non lo credo neppure. *La menzione del giuramento prestato* (n° 3) è incompleta, ma c'è. *La parte materiale dell'atto* sarebbe assicurata. Resterebbe anche qui a discutersi la questione morale, se ciò che dice il verbale faccia fede del perfetto adempimento dell'art. 242; e sarebbe un giudizio di critica, forse di apprezzamento. Dal complesso di codeste considerazioni può cavarsi un curioso corollario, che vi sono *delle formalità necessarie a perfezionare la testimonianza*, e tuttavia non necessarie a riferirsi nel processo verbale *in quanto siano condizione della sua validità materiale;* condizione però che viene a mancare *mancando alcuni dei requisiti essenzialmente costitutivi del processo testimoniale.*

Ma annullato il processo verbale, che ne consegue? potrà correggersi e rifarsi? o piuttosto dovrà rinnovarsi l'esame riputandolo come non avvenuto? Porteremo la risposta all'art. 249.

Articolo 248.

Quando l'autorità giudiziaria abbia ordinato che l'esame si faccia all'udienza, il presidente stabilisce il giorno in cui i testimoni saranno sentiti.

I testimoni sono interrogati dal presidente.

I giudici, chiesta la parola al presidente, possono interrogare i testimoni sulle circostanze intorno alle quali desiderino schiarimenti maggiori.

Le parti possono rivolgersi al presidente, affinchè faccia le interrogazioni che credano di loro interesse.

Il processo verbale dell'esame è sottoscritto dal presidente e dal cancelliere.

Si osservano nel resto le norme stabilite negli articoli precedenti.

Articolo 249.

Quando l'esame sia in tutto o in parte dichiarato nullo per colpa del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'usciere, è rinnovato in tutto o in parte a spese di chi ha dato luogo alla nullità.

Il termine per il nuovo esame è stabilito dalla sentenza che pronunziò la nullità, e decorre dal giorno in cui la sentenza stessa è notificata. Non si possono esaminare altri testimoni. Se alcuno dei testimoni già sentiti non possa essere riesaminato, l'autorità giudiziaria tiene quel conto, che di ragione, dell'esame già eseguito.

Digitized by Google

Articolo 250.

La nullità della deposizione di uno o di più testimoni non importa la nullità delle altre.

Annotazioni.

1. Un interessante passaggio del CARRE aprirà la nostra discussione sugli articoli 249 e 250. Molte sono, egli dice, le nullità che possono incorrersi nel processo testimoniale; « mais il importe de remarquer, par rapport « à cette peine, que, suivant les circonstances, « elle diffère quant à ses effets. *Quelquefois « elle frappe le corps entier de l'enquête; quel- « quefois elle n'atteint qu'une ou plusieurs des « dépositions.* Dans un cas, *elle est fatale, et fit « perdre le droit de prouver par témoins* (arti- « colo 295) tandis *que dans l'autre, elle ne vicie « que la procédure*, et laisse la faculté de re- « commencer l'enquête: c'est le cas de l'ar- « ticle 292 ».

Di fatti la prima ricerca in cui l'uomo si pone alla lettura del nostro art. 249 è questa: *ogni esame nullo, e per qualunque causa nullo, può egli essere rifatto?*

Avverto che noi sentiamo il bisogno d'insistere in questa domanda più assai che i francesi non sentano; poichè nel loro Codice si hanno due testi che apertamente distinguono fra l'esame dichiarato nullo *per colpa del giudice delegato* (art. 292), e quello che è dichiarato nullo *per colpa del procuratore* o *dell'usciere* (art. 293); nel primo caso l'esame si rinnova a spese dello stesso giudice delegato; nel secondo non si rinnova, ma il procuratore e l'usciere sono condannati a rifonder le spese, e possono esserlo altresì ai danni e interessi se risulti manifesta la loro negligenza. Magra consolazione in verità, e per lo pericolo di perder la lite senza compenso, e per esser obbligato a farne un'altra. La causa della distinzione sta in ciò, che il fatto del procuratore e dell'usciere si considera fatto della parte rimpetto alla contraria a cui il diritto della decadenza è acquisito. Questa è la ragione principale, e anche la migliore, benchè sappia di tecnicismo forse oltre il bisogno. Se ne aggiunge un'altra, tutta propria della diffidenza francese: la paura della corruzione dei testimonii per la prolissità del tempo (quasichè non sia lo stesso anche nel primo caso), motivo per cui si accordarono termini sì angusti all'esame.

Quanto a noi la soluzione sta nel sapere se possa concepirsi nullità non imputabile a veruno degli ufficiali nominati nell'art. 249. Nullità di forma non pare potersi concepire senza che ci sia un autore; e se c'è un autore, dove si troverebbe fuori di quelli che hanno la missione di far gli atti giudiziali, fuori cioè dell'art. 249? Converrebbe pertanto, *onde non si potesse far luogo alla rinnovazione*, che l'esame fosse nullo per causa intrinseca e percuotente il diritto stesso della prova, o gli elementi sostanziali della prova, la qualità dei testimonii, la materia dell'esame, ecc.; nel qual caso il giudizio sarebbe di tutt'altra natura. Allora la questione non versa sul tema semplice di rinnovare un esame viziato nella forma, ma di attaccare la stessa prova testimoniale: come, in esempio, se si trattasse di un merito superiore a lire 500 (art. 1343 del Codice civile). La disputa è dell'*azione*, non della *forma*, del *modo* e del *tempo*. Ma la prova testimoniale sarebbe stata ordinata per sentenza, avrebbe avuta in un modo qualunque la sua esecuzione: il tribunale sarebbe vincolato dalla cosa giudicata; sarebbe forse d'uopo ricorrere all'appello; insomma, come dissi, il giudizio avrebbe tutt'altro carattere, tutt'altro indirizzo. È da osservare ancora che l'esame potrebbe trovarsi *nullo in parte* per esser caduto nel divieto del capoverso dell'art. 246, già esaminato; quindi non potrebbe riprodursi in altro tempo. In generale può vedersi in questo articolo una disposizione larghissima e favorevole alle parti, che non devono esser private di un sì importante mezzo di difesa (il solo forse a cui possano ricorrere) per negligenza e colpa altrui, non esclusa quella dello stesso loro procuratore e rappresentante.

2. È chiaro nell'art. 249 che la *nullità dell'esame*, o *parziale* o *totale*, dev'essere pronunciata; è noto di fatti che tali nullità non si dichiarano d'ufficio; laonde nel silenzio della parte contraria, o dove lo espresso annullamento non fosse seguito, le nullità di forma si avrebbero per sanate o ineccepibili.

3. *Se il processo verbale è dichiarato nullo, può ricostituirsi lo stesso processo verbale, o l'esame è nullo e rinnovabile?* La operazione dell'esame, e la sua storica esposizione, ho già detto esser cose distinte. È orribile che la prova più regolare o piena di risultati abbia a perire nella mano di un cancelliere che dimenticò di porre la sua firma al processo verbale.

A tale estremità, si è disposti a dar ragione a quei radicali che nelle procedure vorrebbero a dir così confiscare la forma a profitto della sostanza, come dicono essi, credendo che dalla confusione degli ordini giudiziali abbia ad emerger lucida la verità, come dalla nebbia il sole. Del resto c'è la logica dappertutto, anco nella forma. Non ho mai visto annullarsi un processo verbale e restar qualche cosa della operazione giudiziale che vi è consegnata. Quindi è che può bene annullarsi un processo testimoniale nella perfetta integrità del suo verbale; ma il suo valore intrinseco non la preserva dal cadere con lui. E perchè questo? perchè in giudizio il non essere e il non esser provato, *par est;* perchè ciò che non esiste, non può dirsi che sia bene o mal fatto, regolare o no: non esiste; quindi non si tratterebbe mai se la operazione, intrinsecamente valida, potesse sorreggere un verbale nullo, o far senza di esso, ma piuttosto se il verbale nullo possa correggersi e rinnovarsi.

Dal momento che il processo verbale è spedito, consegnatane la copia, non è più passivo di correzione, che in buoni termini sarebbe alterazione: attaccato di nullità, deve subire la sorte di tutti gli altri atti che hanno un vizio organico che li condanna a morire.

4. L'esame può esser nullo *in parte:* è ciò che viene poi spiegando l'art. 250. *La nullità delle deposizioni singole*, non contagiosa, diremo così, e non influente sulla condizione giuridica delle consorelle, si verifica per più cagioni: *a) per essere state assunte fuori del termine legale:* cadono per difetto di giurisdizione; *b) per essere di natura loro inammissibili:* tali sono le deposizioni dei parenti e affini in linea retta, ecc.; *c) per mancare di alcuno dei requisiti della perfetta testimonianza*, come per non prestato o mal prestato giuramento, che, quantunque in civile possano anche valere uno schiarimento, come si è detto più d'una volta, non sono vere deposizioni.

5. *Quali sono le risponsabilità del giudice, quali quelle del cancelliere?* L'art. 292 della procedura francese non conosce altro peccatore che *le juge commissaire.* Il giudice porta anche la pena del fallo del cancelliere: sentenza *fondée sur ce que le greffier est l'homme du juge, et n'est censé écrire que ce que le juge lui dicte* (CARRÉ, quest. 1129). Mi piacerebbe lasciare un tantino confuse le risponsabilità onde amendue codesti funzionarii si occupassero della regolarità dei loro atti. Quante volte io ho desiderato codesta risponsabilità comune, sedendo in alta Corte, in nobile paese, ove gli errori erano perdonati ai funzionarii; e perciò frequenti, specialmente nelle cause penali, trascinavano con sè la nullità di interi processi! La nostra legge, col distinguere i funzionarii, divide le risponsabilità. Niun dubbio che il còmpito del giudice è maggiore. A lui la parte direttiva dell'esame (articoli 241, 242, 243, 244); ma egli sarà colpito allora soltanto che qualche violazione dei prefati articoli porti nullità: ciò è manifesto. Egli ha pure una parte materiale: le sue sottoscrizioni ove sono necessarie. Ma la redazione del processo verbale a chi mai sarà onerata se non al cancelliere? Egli è il vero storico dell'esame: ritengo soltanto ch'esso non debba rispondere della materia dell'esame, cioè della sostanza delle deposizioni, che è dettata dal giudice.

Ma il giudice può avere eziandio delle risponsabilità, che chiameremo per un momento *negative;* nel qual caso la quistione assume un aspetto più difficile. Eccone una. Gli si domanda una proroga in conformità dell'art. 246: e gli si domanda in termine, ma il termine è vicino a spirare; egli soprasiede alquanto, e il termine spira: non c'è più tempo. È impossibile esaminare altri testimonii; la legge lo vieta. Non cadrà egli sotto la censura dell'articolo 783, n° 2? Ma viene appresso l'art. 784, che richiede la ripetizione dell'istanza; e infine l'*azione civile* ha un carattere più grave della semplice negligenza. Io non posso qui preoccupare la discussione riserbata a quel luogo: *dirò solo che l'articolo 249 non è applicabile.* Dirò solo che questo fatto funesto del giudice si confonde con tanti errori non meno funesti che ricadono a danno delle parti: si tratta di una legge penale, e non può esser estesa.

6. Eccoci dunque accinti a un nuovo processo. Il nostro articolo è chiaro e decisivo rispetto al termine, e non meno chiaramente decide che non potranno essere risentiti che *gli stessi testimonii.* Così sono risolute varie questioni che ancora si agitano nel fòro francese. Sarebbe stato desiderabile avesse pur dichiarato *se si deve commettere il nuovo esame ad altro giudice, qualora egli abbia dato causa alla nullità?* Gli autori francesi trovano di una grande sconvenienza il restituire questo grave mandato al giudice che vi corrispose sì male (PIGEAU, t. I, pag. 281; CARRÉ, quest. 1133). Un antico editto (del 1583) lo diceva espressamente, imponeva un altro giudice. Pare che la pratica mantenesse in vigore la massima anche sotto l'impero dell'Ordinanza. Tuttavia alcuni, come il CHAUVEAU, non troverebbero ove fondare la nullità nel silenzio del Codice.

Che dire rispetto al nostro che non è meno silenzioso? *Io vi trovo la incompatibilità nella natura stessa delle funzioni.* Quello non è omai più giudice: è divenuto parte. Egli deve rifare le spese di quel processo: egli ha acquistato un interesse passivo, ma un interesse in quel disgraziato affare. Egli non è più nella situazione di un giudice. Può anche pregiudicare per economizzare le spese, per uscir presto da quell'incomodo stato ch'egli si è creato.

7. Non sarebbe un serio dubbio, e tuttavia voglio accennarlo, *se il convenuto che non ha fatto la controprova possa approfittare di questa circostanza e proporla.* No certamente: il secondo esame *stat loco primi*, e non essendo cosa nuova, bensì la ripetizione del medesimo stato di cose, egli stesso, il convenuto, rimane nella posizione di prima.

8. *Se il funzionario a cui spese si rinnova l'esame, sia soggetto eziandio ad una multa, e alla rifusione dei danni.* Il dubbio sta in questo, se la regola particolare che qui regge, la quale sembra limitare la risponsabilità *alla spesa del rinnovato esame*, deroghi alla regola generale.

Cerchiamo un momento come possa avverarsi un danno e anche gravissimo. Un testimonio non può riesaminarsi: la deposizione rimane nel suo stato di nullità. Il caso è preveduto dallo stesso articolo 249. Con un tratto di equità che onora il legislatore si disse, è vero, nel medesimo articolo: *l'autorità giudiziaria ne terrà quel conto che di ragione.* La clausola alquanto astratta può tradursi in questa che il giudice *non dovrà averla come prova perfetta, come una testimonianza piena e compiuta*, la sua coscienza però potrà prenderne un qualche lume; servirà, come suol dirsi, *a schiarimento.* Ora fingiamo che due soli testimonii componessero il processo, e ambedue fossero morti: il difetto sarà talmente sensibile che una vera e forte prova non ci sarà più; e in presenza di una illegalità che per qualche cosa ci dev'essere, il giudice sentirà vacillare la sua stessa convinzione e mancare di appoggio. Insomma si avrà puramente e semplicemente un esame annullato, che non può più rifarsi. Sto in dubbio se il legislatore abbia portato sin qui le sue previsioni: forse in questa previdenza avrebbe moderato il rigore della forma sì perchè il rimedio può tornare inutile, sì perchè una strana condizione è fatta alla giustizia fra una nullità proclamata e la facoltà di giovarsi sino a un certo punto di una prova che più non esiste. L'articolo 250 sembra non aver preveduto dal caso in fuori che *alcuna delle deposizioni* non fosse rinnovabile, e che una parte almeno del processo potesse ricostituirsi. Può dunque venire un danno reale, un danno irreparabile se il processo non potesse più ricostituirsi in parte alcuna. In tal caso il funzionario che fu causa del danno non sopporta le spese del nuovo processo, perchè nuovo processo non può farsi, e non dovrebbe neppure rifonder danni, mentre l'articolo 249 non lo impone.

Soluzione. — *Effettuandosi un danno dimostrabile e certo* (ponderate queste parole) per non potersi rinnovare l'esame, a questa condizione *il funzionario che ne fu causa dovrà risarcirlo.* In altri termini *l'articolo* 249 *non deroga all'articolo* 59.

Ragione di decidere sarebbe che quello nulla detrae alla regola obbligatoria e generale stanziata in questo, e solo appone una modalità particolare al soggetto che ivi si tratta; che l'esame cioè si rinnova, e le spese sono a carico dell'autore della nullità con che in principio si riassume il concetto dell'articolo 59, che contiene anche l'obbligo delle spese.

9. *Procedura posteriore all'esame sino alla udienza.* Cosa si fa finito l'esame? « Compiuto « l'esame (diceva l'art. 324 del Codice di pro- « cedura civile del 1859), e spirato il termine « stabilito per esso, la parte più diligente « estrae copia dell'esame seguito, la produce « ed offre in comunicazione all'altra parte. — « Lo stesso atto conterrà le sue deliberazioni. « — La parte contraria avrà il termine di « giorni quindici per rispondere. »

Ecco tracciato un piano di procedimento di cui non troviamo linea dopo l'articolo 250. Bisogna supplire un po' colla ragione, un po' colle leggi generali che possono aver tratto a questa combinazione. Io credo che tutto ciò si è omesso perchè si è stimato superfluo.

Il processo verbale, che contiene la prova, dovrà passare senza dubbio in forma autentica negli atti della causa. Per l'art. 153 del Regolamento sull'*ordinamento giudiziario* spetta al cancelliere *rilasciare le copie ed estratti degli atti;* e l'articolo 211 del Codice di procedura, 2° capoverso, dichiara che *il processo verbale è prodotto in causa per copia.*

La parte più diligente (chè il carico della spedizione e della notificazione incombe a chi vuol proseguire la causa) *dovrà levare la copia dell'intero processo di prova e di riprova* (*), nè basterà ch'egli porti negli atti quello dei due processi che concerne la prova che è stata

(*) Ita quod ultrà non liceat partibus *ad reprobationem testium adspirare...* (*Cap. licet 49 de testibus.*)

guita a sua istanza, e che a lui interessa, iando alla contraria il fare ciò che stirà opportuno alla propria difesa. (D'ordinio si tratterà di processi verbali separati rchè redatti in diversi tempi.) È noto il dintare che si fa in Francia su questo punto procedura; e gli autori sono divisi, stando r la spedizione e notificazione *complessiva* HOMINE, DEMIAU, FAVARD DE LANGLADE, LEAGE, CARRÉ e DALLOZ, e per la facoltà di dilder gli atti DELAPORTE, PIGEAU e CHAUVEAU, si reca da questa parte qualche decisione ion molto perspicua. La prima opinione, più iorte per numero, è certamente preferibile per ragioni; e lasciando il discutere, mi limiterò ad osservare che *l'esame, per quanto sia diviso in parti, è una totalità giuridica* che riceve valore dal suo complesso; e nulla presenta di concludente al giudice chi ne presenta una parte sola.

È pure da ritenersi che la notifica dell'esame sarà accompagnata *dalle deliberazioni* o conclusioni della parte notificante, e l'altra avrà un termine di quindici giorni a rispondere secondo il prescritto dell'articolo 164.

Ordinava il seguente articolo 325 di quel Codice che il tribunale *dovesse prima di ogni cosa giudicare sopra le eccezioni di sospetto dei testimonii*, non senza però soggiungere che, se lo stato della causa il volesse, poteva tenersene ragione insieme al merito. È una disposizione che non si ripete nel Codice attuale, ed è una disposizione che io credo tolta dal mondo, e lo meritava, dovendosi lasciare interamente al tribunale il giudizio di modo e di opportunità. Io non vorrei porre come regola che il tribunale non abbia mai a decidere preliminarmente sulle eccezioni personali opposte ai testimonii: ritengo anzi lo debba fare se si tratti *di vera e assoluta inammissibilità* (articolo 236), ove ne sia formalmente richiesto. La deposizione del testimonio sospetto essendo apprezzabile, si confonde fra gli elementi di prova nella cognizione di merito, non però che i giudici non abbiano a tener conto nei motivi delle date eccezioni, e mostrare di averle prese nella debita considerazione.

Articolo 251.

Chi abbia fondato motivo di temere che sia per mancare uno o più testimoni necessari a far valere un diritto o un'eccezione, può chiedere che i medesimi siano esaminati a futura memoria.

Se vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta al presidente nella forma dell'articolo 185.

Se non vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta per atto di citazione, in via sommaria, alla parte contraria davanti l'autorità giudiziaria competente per la causa di merito.

Il presidente o l'autorità giudiziaria, riconosciuta l'urgenza, ammette il chiesto esame, se la prova testimoniale non sia vietata assolutamente dalla legge.

L'ordinanza o la sentenza sono esecutive non ostante reclamo, opposizione, o appello.

L'esame a futura memoria non ha altro effetto che di conservare la prova. Questa sarà efficace allora soltanto che venga ammessa definitivamente. Essa non pregiudica ad alcuno dei mezzi che competono all'altra parte per opporsi all'ammissione definitiva della prova, nè alla deduzione di prove contrarie, e non impedisce alla parte istante di presentare altri testimoni.

Sino a che la prova non sia stata ammessa definitivamente, il processo verbale non può prodursi in giudizio, e il cancelliere non può rilasciarne copia, sotto le pene stabilite nell'articolo 55.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici** *e caratteri generali di questa istituzione.* — Prima della contestazione della lite non si assume esame di testimoni *super negotio principali*: può cadere *super exceptionibus dilatoriis ac declinatoriis fori.* Ma non ci sarà limitazione a questa regola, non si potranno mai esaminar testimoni *super negotio principali* prima della contesta-

zione della lite? Gli interpreti del diritto canonico facendosi il quesito, pongono cinque limitazioni, che chiamano principali: 1ª nelle *cause sommarie* in cui si procede *simpliciter et de plano:* la contestazione della lite non è necessaria; 2ª nei giudizi contumaciali; 3ª in certi altri giudizi (proprii di quei tempi), nei quali si va per via d'*inquisizione super aliquibus excessis;* 4ª quando *de morte testium timeatur, vel absentia diuturna*, e qualche altra urgente e ragionevole causa lo consigli (*Cap. ult.*, § 1, *ut lite non contestata. Clement. sæpe contingit. De V. sign. Clement. Dispendiosa de judiciis; Cap. unic. de litis contestat.* GLOSSA et ABBAS, ibi).

Avvertasi però che questa ultima forma di esame non è ancora la *receptio testium ad perpetuam rei memoriam* (che sarebbe la 5ª limitazione); istituzione tutta propria del diritto canonico, nei cui dettati, pieni d'equità, devi cercarne la origine. Noi civilisti moderni ci curiamo poco di quelle rancide memorie e abbiamo torto perchè c'è da imparare assai. La precipua fonte è il *Cap.* 41 *de testibus:* « Significavit nobis præsbiter N. Sabin. diœcesis, quod fundatores ejusdem ecclesiæ liberi « esse volentes, fundationis tempore se in ea « nihil retinere dixerunt; *unde timens, ne processu temporis probationis causa valeat deperire*, provideri super hoc præsbiter postulavit. Quocirca mandamus quatenus testes « idoneos, quos is super hoc duxerit producendos, *examines diligenter et eorum dicta in « publica redigi facias monumenta*, denunciando fundatoribus antedictis vel eorum hæredibus ut receptioni testium, si velint, intersint; *et super denunciatione sic facta*, « confici facias publicum instrumentum ». A differenza di ciò che disponeva il *Cap. ult. ut lite non contest.* sopra citato, trattavasi in questo di una *lite non mossa*, di una lite possibile e temuta, di conservare per quella occasione il deposito della prova che, manchevole di sua natura, sarebbe forse desiderata invano. Il carattere giudiziale vi era impresso mediante la citazione della parte contraria.

2. Questi preliminari, non inutili per se stessi, lo saranno ancor meno per intendere un passo della Relazione PISANELLI, confrontato con quella legge. Diceva l'illustre ministro: « Il progetto non ammette ad esempio dei « detti Codici (di procedura francese ed ex« napoletana, che non l'ammettono) *l'esame a « futura memoria.* Ma provvedendo al caso in « cui esista fondato motivo di temere che « siano per mancare uno o più testimonii ne« cessarii alla difesa del diritto o della ec« cezione proposta in giudizio, deroga alla « legge generale sopra enunciata, secondo la « quale è richiesta nel dissenso delle parti « una sentenza per l'ammessione della prova. « Stabilisce pertanto che la parte interessata « potrà chiedere, e il presidente ordinare, « che i testimonii siano esaminati in via d'ur« genza ». Altri caratteri di questo istituto, ch'era allora in progetto, sono pronunciati nella Relazione; e qualcosa ne riflette nell'articolo 235, che però non riproduce interamente il concetto che diede luogo, e secondo me assai provvidamente, all'esame *ad perpetuam*, seguendo il dettato del precedente Codice sardo, tit. II del lib. VII, e con qualche miglioramento sì nella redazione, che nella sostanza.

3. Osserviamo i varii e più importanti aspetti di questa istituzione.

a) L'esame a futura memoria può riguardare tanto una lite pendente, quanto una lite futura. Un esame *a futura memoria* in una lite pendente non è concetto molto perspicuo; abbiamo visto come nel diritto canonico fossero distinte codeste forme.

b) Del motivo e dei requisiti della istanza. Il motivo *dev'esser fondato.* Ciò è naturale: ma quanto sarà diverso il caso *di una causa pendente e di una causa futura! Se la causa è futura*, basterà, io credo, un motivo generale: la fragilità della prova testimoniale, la sua naturale labilità, congiunta a una tal quale ragionevole previdenza della lite, come or ora diremo. Il testo canonico dice infatti *timens ne processu temporis, etc.* Il tempo, ecco il pericolo. Se il giudizio è pendente, se deve anticiparsi sull'ordinario e regolar corso della procedura, sarà d'uopo *un motivo speciale, una condizione eccezionale* nei testimonii da esaminarsi (una infermità subita e minacciosa, la necessità di emigrare, ecc.). Senza ciò, stando al pericolo che è inerente a questo mezzo, si affollerebbero le domande per timore di perder la prova, perchè ogni testimonio, *si mane quæsieris*, può non esistere. Questa differenza rende meno tollerabile la deviazione dal metodo ordinario, poichè *la lite è pendente*, il giudizio è prossimo, e i mezzi dell'attacco e della difesa si vengono svolgendo nel campo dell'attualità, che la legge si studia di restringere nei termini i più ragionevoli. Ma finalmente in questa condizione di cose *l'interesse della prova* è ben evidente; l'interesse di preparare una prova per una lite che si farà Dio sa quando, o non si farà, può essere più problematico.

Due requisiti occorrono onde sia ammissibile l'esame a futura memoria in contempla-

zione di lite a venire: 1° *Il motivo della urgenza.* La legge lo vuole (3° capoverso), ma non si ebbe un'idea abbastanza chiara della natura della istituzione, onde la formola *riconosciuta la urgenza* diviene imbarazzante, e quasi contrasta al fine. Il testo canonico non pose tal condizione mentre il pericolo non è istantaneo, solo può verificarsi in un tempo indefinito, e si tratta di prevenirlo con *una memoria stabile e duratura:* è una larga e direi generosa provvidenza della legge intesa a mettere in sicuro una verità interessante, che nel momento, e forse per molto tempo, non si può discutere. Dove si troverà adunque la urgenza poichè bisogna pure trovarla mentre la legge il vuole? La urgenza (che può considerarsi in relazione al tempo che si dovrebbe altramente aspettare) è nella cosa stessa: nel fondato motivo onde si teme di smarrire gli elementi della prova: nella qualità della prova forse per la età e salute dei testimonii più esposta a perire, e altresì in circostanze di fatto che possono concorrervi.

L'altro estremo è la corrispondenza con un fine *che dev'esser noto, che dev'esser apprezzato dal giudice.* Un autorevole interprete del capitolo *significavit* ci lasciò la seguente illustrazione. *Quando quis timet ne in futurum super aliquo contractu vel alio negotio proxime gesto, lis sibi moveatur, sicque ipse reus constituatur, tunc potest is petere a judice, ut testes qui contractui ac negotio interfuerunt recipiantur atque publicentur* (atto pubblico); *idque ad perpetuam rei memoriam, ne videlicet in posterum probationis copia pereat* (Reiffenstuel). La nostra legge quasi non se ne occupa, se non che, dovendo indicare l'autorità giudiziaria, c'invia a quella che sarebbe competente *per la causa di merito.* Vi è dunque *un merito* che può esser preconizzato, quantunque non possa ancora trattarsi; l'azione o la eccezione avrà in quell'apparecchio un preludio abbastanza significativo; si comprenderà insomma lo scopo e la ragione della prova. Ora io dico che questo scopo dev'essere apprezzato; deve trovarsi abbastanza rilevante; deve trovarsi profuturo il mezzo che si propone; se così non fosse, la domanda dovrebbe rigettarsi. Più ancora: non si ammetterà la esistenza di un vero e stimabile interesse *senza un carattere di presentaneità, quoad causam.* Tizio ci narra che essendo egli cugino di Sempronio e suo successibile, non avendo altri parenti più prossimi, si troverà un giorno padrone dei suoi possedimenti, e in vista di ciò vuole procurarsi sin d'ora dei testimonii per una lite che intende di fare onde rivocare alla eredità certi beni che ad essa appartengono! Qui la corsa è un poco lunga, ma se ne possono ideare altri degli esempi meno strani. Tenendo l'occhio al caso dedotto dal testo canonico che ho posto di sopra, è facile farsi un concetto del limite entro cui deve necessariamente restringersi l'applicazione di codesto istituto straordinario.

c) *Potendosi istruire il giudizio, sarà lecito ugualmente domandare l'esame a futura memoria?* Non lo trovo assolutamente vietato; l'attore potrebbe non avere in pronto i suoi materiali, e intanto è angustiato dal timore di perdere un testimonio prezioso: è un soldato che si accinge a marciare col suo reggimento contro il nemico. Ma in simili contingenze è d'uopo stabilire veramente una condizione di urgenza: e non basterà avvisare a pericoli remoti. Questa dottrina è chiaramente esposta dal Richerius, *Jurisprud.*, § 841. Avrete osservato che la legge ci abilita a mettere in salvo con questa provvida misura *anco una eccezione proponibile in una lite che ancora non esiste.* Non dipendendo da me il promuoverla, nè sapendo quando mi potrà essere intentata: io proverò *la minaccia della lite*, estremo indispensabile, e sarò abbastanza fondato in un pericolo generale. In questo caso *testes cujuscumque conditionis audiri possunt* (cioè *non tantum senes, valetudinarii, etc.*). Richerius, §§ 841, 842.

d) *I testimonii saranno sentiti con giuramento* col rito consueto; e la parte che ha interesse di opporsi è citata, e nasce un vero e proprio giudizio: la parte contraria può assistere all'esame. Con questo metodo si è potuto abrogare la vecchia pratica, adottata già dalle RR. Costituzioni e desunta dalle leggi canoniche, di obbligare *intra annum* chi aveva ottenuto questo diritto, a citar l'altra parte *ut adsit jurejurando a testibus præstando.*

e) Contuttociò *nè la prova è definitivamente ammessa, nè il testimonio ha compito le parti sue.* Vero è, come io testè diceva, che un primo scontro nasce fra le parti in questo preliminare giudizio; che il giudice può respinger la prova come inammissibile di diritto, o la domanda come infondata; ma tutto ammesso, non si è ottenuto che *il deposito e la conservazione della prova*, la quale rimane occulta ed incomunicabile: di maniera che, aprendosi la lite, si riaccende la questione sull'ammissibilità della prova, che in virtù di contrarie produzioni potrebbe tuttavia rigettarsi; e i testimonii stessi, se viventi, possono essere di nuovo esaminati.

§ 4.

Della perizia.

Articolo 252.

L'ordinanza o la sentenza, che ammette la perizia, ne enuncia l'oggetto, stabilisce il termine entro il quale dev'essere presentata la relazione, e delega un giudice per ricevere il giuramento del perito.

Annotazioni.

1. La prova peritale può esser chiesta da una parte per via d'incidente: allora si proferisce una *ordinanza* (articoli 181 e seg.): può essere ordinata d'ufficio, o dopo contestazione, e allora si pronuncia *sentenza*. Avrebbe dovuto dichiararsi con regola generale che la perizia *può esser decretata d'ufficio;* e questo primo articolo pareva esser la sede naturale di tale dichiarazione. È una piccola lacuna del Codice, tuttavia negli articoli 254, 255 e 256 se ne hanno riscontri da non lasciar dubbio.

2. La prova per mezzo di periti è di natura che non risveglia le suscettibilità della legge civile. Ci sono anche dei casi in cui una stima per mezzo dei periti è *necessaria* (art. 996, 1041, ecc. del Codice civile), e in molte contingenze della procedura come vedremo a suo luogo. La perizia ha veramente un carattere d'universalità. Ogni altra prova porta con sè la impronta della sua tendenza e il proprio indirizzo in fronte: è un istrumento di difesa. La perizia non ha colore, per così dire, non si sa a quale delle parti sarà per giovare: il suo scopo è puro e santo; *la verità*. La perizia è sempre una illustrazione, e suppone quindi dei fatti o poco chiari per sè, o di investigazione difficile, che le parti non hanno modo di mettere in evidenza, che il giudice non può accertare colle sole forze del suo criterio, o sfuggono alle sue cognizioni ordinarie. La perizia nel suo più consueto ufficio si esercita sui fatti materiali, sulle cose; o se talvolta si aggira sopra nozioni di diritto, o ragioni di arte da cui scaturiscono i diritti, non sono che consultazioni di uomini tanto dotti in materie speciali quanto disinteressati. Non avendo per fine suo proprio di contrastare a veruna prova, e non implicando l'esame e la stimativa delle convenzioni che al giudice appartengono, la prova peritale non subisce le difficoltà e i duri rincalzi della testimoniale, e non essendo gradnabile, non è respinta in confronto di altre prove a cui è attribuita una virtù superiore. Laonde la legge si esprime nel modo il più semplice: lascia alla coscienza del giudice il più lato arbitrio così *di ammetterla*, come *di decretarla* (*), e non prefigge neppur termine come limite a tale facoltà.

3. Senza dubbio l'ammissibilità della prova, lo scopo, la ragione, l'opportunità, e sì ancora la nomina dei periti, possono esser oggetto di contestazione. Diceva l'articolo 329 del precedente Codice di procedura nel suo capoverso: « Le contestazioni sull'ammissibilità o sull'oggetto della perizia saranno decise dal tribunale in via sommaria a udienza fissa ». In questo proposito il presente capitolo nulla dispone.

4. *Osservazione generale.* Qui mi occorre un'osservazione generale, che tiene al nuovo metodo di redazione. Norme comuni per comprendere i bisogni che più o meno si ripetono in ogni procedura subalterna o incidente mancavano prima d'ora. Quindi nel regolare la prova per testimonii, o per periti, o per ispezione giudiziale, e via discorrendo, era d'uopo tracciare di volta in volta alcune linee sul rito da tenersi: era difetto di metodo, e pareva previdenza. Chi ha praticato quei Codici ricorda come si andasse ripetendo in più di un luogo la teoria delle citazioni nell'ordinamento sugli esami, sulle stime, sulla chiamata in garantia, sulla ricusazione, secondochè cotali istituti si applicavano a giudici inferiori o superiori, a giudizii ordinarii o sommarii, vizio *ante omnia* del Codice francese, e di cui non si era purgato il precedente nostro del 1859. Ora, come avvertii più volte, si è procurato di generalizzare e di mettere avanti regole comuni, e così le particolari trattazioni si vengono semplificando, e ci richiamano, ove il caso avvenga, ai canoni superiori. Quindi è che per

(*) Si *ammette* la perizia quando se n'è fatta domanda; si *decreta* o si *ordina* d'ufficio. Se la lingua letteraria non ha sinonimi, meno ancora ne ha quella della procedura.

ordinarci sulla forma che si deve osservare *per contestare l'ammissione di una perizia*, o *l'oggetto*, o che altro occorra, bisognerà risalire agli articoli 181 e seg., 209, alle regole generali del Titolo I.

5. *Un giudice delegato può forse ordinare una perizia?* Il dubbio potrebbe nascer da ciò che il presente articolo non fa parola di *giudice delegato*, laddove l'articolo 239 del precedente Codice, che a questo corrisponde, diceva: *...o il provvedimento del presidente, o del giudice commesso che ammette la perizia...* Il nostro articolo non lo ha detto, pensando che avrebbe fatta una ripetizione. Sta il disposto dell'articolo 186. Il presidente può fare dell'autorità a lui conferita in materia d'incidenti una delegazione generale (*V.* le ANNOTAZIONI al detto articolo 186). Il giudice delegato, che *vicem fungit* del presidente, può benissimo ammettere una perizia consensuale, concorrendo le parti (articolo 181).

Articolo 253.

La perizia è fatta da uno o da tre periti, secondo che sia stabilito dalle parti, o ordinato dall'autorità giudiziaria.

Se le parti non si siano precedentemente accordate nella nomina dei periti, questa si fa con l'ordinanza o con la sentenza che ammette la perizia.

Annotazioni.

1. Mi valgano le seguenti parole della Relazione PISANELLI, che ci adducono le più savie considerazioni: « Secondo alcuno dei vigenti « Codici (sardo, art. 330 e napoletano, art. 397) « la perizia deve farsi di regola da tre periti, « e soltanto per eccezione viene ammesso che « possa eseguirsi da un solo. Il progetto (che « poi fu legge) dichiara che la perizia sarà « fatta da uno o tre periti, secondochè verrà « stabilito dall'accordo delle parti o dall'anto- « rità giudiziaria ordinato. Se basti alla garan- « tia del diritto controverso l'operazione indi- « viduale di un solo perito, o si richieda quella « complessiva di più persone esperto, può me- « glio apprezzarsi in ciascun caso dal consenso « delle parti o dal prudente arbitrio del magi- « strato... Venne per tal modo respinto quel « sistema ch'era prevalso in alcune legislazioni « o consuetudini forensi, per cui ciascuna delle « parti nominava un perito sul quale poteva « contare, e ciascun perito era così chiamato a « sostenere l'interesse del suo mandante. I due « periti si riunivano, non per illuminarsi sulle « rispettive osservazioni, ma piuttosto per far « constare della opposizione del loro avviso. « Quindi la necessità di un terzo perito nomi- « nato dall'autorità giudiziaria, il quale ope- « rava nuovamente coi primi nominati, e sol- « tanto allora la relazione della perizia po- « teva esser conchiusa a pluralità di voti ».

2. Quanto al modo, la Relazione dice: « La « nomina dei periti si farà d'ufficio, collo stesso « provvedimento che ordina la perizia se le « parti *non si sono precedentemente accordate* « *circa la scelta dei medesimi* ».

È stato abrogato l'art. 332 del Codice precedente, che ingiungeva al tribunale, ove le parti non si fossero accordate sulla scelta dei periti, di assegnare a questo effetto un termine, quasichè non avessero avuto le parti comodità sufficiente per intendersi. È chiaro che o potranno le parti (intendiamo sempre i procuratori) accordarsi nel loro simultaneo comparire avanti il presidente, o sino alla sentenza (LEPAGE, *Quest.*, pag. 207; CARRÉ, quest. 1169).

3. **Questione.** — *Se le parti non s'intesero precedentemente, se già nacque sentenza, è forse preclusa alle parti la facoltà di nominare di consenso un solo perito in luogo dei tre nominati dal tribunale?* Alcuni hanno creduto che da quel punto che la giurisdizione fosse rientrata nell'esercizio dei suoi diritti inalienabili, le parti non potessero più arbitrare (LEPAGE, DALLOZ, ecc.), con avvertenza però che la legge francese si pronuncia con una certa severità nell'art. 306, che prescrive obbligatoriamente il termine di tre giorni a farne la dichiarazione in cancelleria. Con tutto ciò, ragionando che simili ordinamenti sono statuiti *nell'interesse delle parti*, i meno formalisti risolvono che può sempre farsi sino a lavoro incominciato dai periti; ed altri pensano che sempre e in ogni stadio del processo peritico possano le parti concordarsi (BONCENNE, t. IV, pag. 259; THOMINE, t. I, pag. 509). CHAUVEAU, che s'associa a questa opinione, s'incarica di spiegarla. Dice che il decreto del tribunale ha bensì e deve avere il suo effetto, ma s'intende nel senso che *non sarà più lecito a una parte proporre da sola il proprio perito*, quindi la parte più diligente potrà tirare avanti senza aver più riguardi ad altre mutazioni che la parte contraria fosse per proporre (in CARRÉ, qu. 1169).

È però difficile a comprendersi la forza di

tale argomento addotto dal celebre procedurista. *Una parte sola* non può mai imporre all'altra perizia o periti in verun tempo; e non è punto diverso nè può esserlo il sistema francese (art. 303, 304). Nondimeno bisogna ritenere che la legge è molto flessibile, se ci è permessa la frase, trattandosi delle persone dei periti, dei quali devono essere principalmente contente le parti del cui interesse si tratta o che hanno dato facoltà di arbitrarne. « Ne vaut « il mieux, diceva BOITARD, que les difficultés « soient appréciées par des personnes ayant « la confiance des parties? » Ma il confine di questa facoltà è da lui posto al *giuramento dei periti*. Si è veduto che altre dottrine sono più generose.

Osserveremo per conto nostro primieramente, che sopra tre diversi oggetti può esercitarsi l'arbitrio delle parti: 1° *Sull'adozione del mezzo di prova*, poichè se le parti convengono nella perizia *jus esto*, e, meno rarissimi casi, può dirsi cosa fatta; 2° *Sul numero dei periti*; 3° *Sulle persone dei periti*. Non parliamo della prima di codeste facoltà, che è posta più direttamente sotto la sanzione dell'autorità giudiziaria: facoltà che, anche rimanendo inerte, non è punto eccitata, e non impedisce l'ordinamento di una perizia per immediato ministero del giudice. Parliamo delle altre, e vediamo sino a quale stadio del processo possano esercitarsi. Vi ha uno stadio di diritto: in quello l'arbitrio delle parti si esercita assoluto; è lo stadio precisamente delineato da questo articolo 266, e si chiude colla *ordinanza* o *sentenza che ammette la perizia*. L'autorità giudiziaria si è surrogata, com'è di ragione, all'arbitrio delle parti, e ha pronunciato. Ora dunque trattasi di sapere se da questo punto la volontà delle parti, risorgendo in un comune accordo, possa fare ciò che non ha fatto *precedentemente* (parola della legge); nominare un solo perito invece di tre, un perito invece di un altro. In altri termini, *se transigendo fra loro* possano le parti immutare in questo senso il giudicato. E io sono d'avviso che *sino a lavoro incominciato dai periti nominati dal tribunale*, e che non potrebbe più interrompersi senza confondere gli elementi della prova e creare un ibrido processo sopra un altro processo, io sono d'avviso che sin là, ove per me *res est adhuc integra*, le parti possono tuttavia di concordia arbitrare e sul numero e sulle persone nel comune interesse. La legge non ha altro scopo che di tutelare questo interesse nella giustizia, ma perciò stesso la qualità della domanda, la natura ed entità della causa, potranno consigliare al giudice delle restrizioni. Se trova per esempio che il numero di tre periti deve mantenersi, non viola veruna legge resistendo alla volontà delle parti che ne richiede un solo in una vista di economia che male si accorda colla vastità dei quesiti che si denno risolvere; se un perito meno capace volesse introdursi, il giudice non viola veruna legge serbando quello più abile che ha prescelto. E in questa guisa la tardiva opposizione e il ripentirsi delle parti che non approfittarono in tempo del loro diritto (che non è mai in tutto sciolto da ogni freno) ha dato in qualche modo una prevalenza ai rigori della giustizia, senza perdere perciò il diritto di essere ascoltate nelle loro giuste osservazioni.

4. Quanto alla forma della dichiarazione, riporterò questo passo di COLMET-DAAGE: « Le « choix peut se faire ou par une déclaration « au greffe par les parties assistées des leurs « avoués, ou par une déclaration verbale faite « à l'audience, ou par les avonés on les avocats « assistées des avoués ». Quest. 3, pag. 79.

Articolo 254.

Non possono essere d'ufficio nominati periti coloro che, a termini dell'articolo 236, non possono essere sentiti come testimoni.

Possono essere ricusati solamente i periti nominati d'ufficio, eccetto che i motivi di ricusazione siano sopravvenuti dopo la nomina fatta dalle parti.

I motivi di ricusazione dei periti sono gli stessi che i motivi di ricusazione dei giudici.

Articolo 255.

I motivi di ricusazione anteriori alla notificazione dell'ordinanza o della sentenza che contiene la nomina dei periti d'ufficio, debbono essere proposti entro otto giorni dalla detta notificazione, salvo che nei casi d'urgenza un altro termine sia stabilito nell'ordinanza o nella sentenza.

I motivi di ricusazione sopravvenuti dopo la nomina dei periti, fatta d'ufficio o dalle parti, possono essere proposti sino a che non sia prestato il giuramento.

Annotazioni.

1. *Sulla qualità e capacità dei periti.*

Bella disposizione è quella della prima parte dell'art. 254 conforme all'art. 337 del precedente Codice, e tiene alla *qualità morale del perito*. In prima essa rientra nel prescritto dell'art. 236, rimuovendo così per assoluto le seduzioni di una parentela troppo stretta e di un interesse manifesto: nè la saggia prescrizione potrebbe eludersi per il concorso di amendue le parti, perchè vi è dentro una ragione di moralità che la saviezza della legge riserbò ai proprii giudizi. La legge penale priva in certi casi i condannati dell'onorevole diritto di testimoniare; nè potranno da tali classi riprovate prendersi i periti.

Tolte cotali eccezioni (che poi ricevono dal diritto di ricusazione il necessario complemento), la capacità morale per essere perito è propria di tutti i cittadini. Fu un tempo monopolio di classi: consorteria di corpi artistici o scientifici; i periti *en titre d'office*, sparvero colla legge tanto progressiva e tanto celebre del 1667, che rivendicò questo diritto ad ogni capacità in qualunque luogo si trovasse. La capacità dei periti può scernersi in *legale, morale, intellettuale, giudiziale*. Furono adunque in altri tempi delle incapacità *legali*, che più non esistono: frutto della civiltà. La incapacità *morale* nel rispetto della *causa*, ma che potrebbe anche dirsi *legale*, è quella già avvisata della privazione incontrata per titolo di pena. *Incapacità intellettuale* è assoluta o relativa: non potrà esser perito un imbecille: la capacità della mente non si dà se non si ha, disse egregiamente il DALLOZ: la relativa sarà quella di chi, savio o anche dotto in ogni altra cosa, fosse inabile al soggetto: il perito si ricerca come una *capacità speciale*, che può dirsi il suo attributo caratteristico e il principio della fede che abbiamo ne' suoi detti. La scelta, tacendo le parti, è lasciata alla veggenza de' giudici, nè si potrebbe discuterne in guisa da farne capo di nullità (Corte di Genova, 4 settembre 1856, Priario-Magone, BETTINI; Cassazione, 21 aprile 1855, BETTINI, t. X, 1, pag. 333). Havvi una incapacità che chiamiamo *giudiziale*, perchè non appare eccettochè in rapporto a certe funzioni giudiziarie messe in moto e conflittanti, e meglio si direbbe *incompatibilità*: dovrebbero escludersi giudici e cancellieri, secondo CARRÉ e DUPARC-POULLAIN (*Princ. de droit*, t. IX, pag. 47); e secondo DALLOZ, soltanto i primi. La incompatibilità, come ho detto, sarebbe nelle funzioni, essendo esercizi impossibili a combinarsi: incapacità vera, assoluta non saprei vedere fuori del pericolo di un conflitto, che anche da lontano deve prevenirsi.

2. *Ricusazione dei periti.*

« I motivi di ricusazione dei periti sono gli « stessi che *i motivi di ricusazione dei giu-* « *dici* ». La legge precedente e tutte le altre procedure (Codice sardo del 1859, art. 337; Codice francese, art. 310; Codice napoletano, art. 404, ecc.) dicono invece che i motivi di ricusazione sono quelli *pei quali si allegano sospetti i testimonii*. Donde siffatta novità? Dalla rettificazione di un principio forse non bene avvisato dalle altre legislazioni, o da una relazione sistematica colle altre parti del Codice che farebbe sentire la sua influenza su codesto speciale disposto? L'uno e l'altro, io credo; ma intendo fare onore principalmente al legislatore della prima ragione.

I periti sono comparabili ai testimonii quanto *alla fede*, non quanto *all'ufficio*. Ausiliarii del giudice, lumi ch'egli accende, per dir così, sulla sua via per iscoprire una verità che si nasconde sotto il velo dell'arte e della scienza, o fra difficoltà di cui deve cercarsi la soluzione in indagini troppo estrinseche o troppo minute perchè il giudice possa occuparsene, i periti partecipano sino a un certo punto l'ufficio del giudice stesso, contribuiscono a quella giustizia che egli ha la missione di rendere. Io vedo adunque nel cangiamento la ristorazione di un concetto che giacque mal definito nelle altre legislazioni. Ciò quanto al principio. È poi evidente che i periti più non potevano parificarsi ai testimonii nella ricusazione dacchè la legge, rapporto a questi ultimi, si astenne dalla preordinata esposizione dei motivi di sospetto (art. 237). E ciò per due ragioni ad essi proprie: 1° Per le relazioni troppo indefinite e che male possono tradursi in regole, relazioni anche particolari, non prevedibili dalla legge, che possono occorrere fra le parti e le persone che, informate o partecipi dei loro affari, vengono a testimoniare; 2° Perchè la legge non rigetta in massima una testimonianza meno perfetta, giacchè non può sostituirvene un'altra, e così si priverebbe di ogni sussidio per conoscere la verità, salvo di apprezzarla secondo la fede che merita il deponente. Ma ai periti o fede intera o nessuna: non vi sono modificazioni,

gradazioni di tinte, direi, nei loro pronunciati: la giustizia non ha bisogno di siffatti oracoli: può provvedersi da ogni parte con migliori sussidii.

a) I periti nominati di consenso non sono ricusabili, implicando contraddizione la spontanea elezione e la facoltà di ricusarli. Non di meno corre tra i francesi, retti dalla stessa legge, la opinione che, *ignorandosi la preesistenza di certi fatti che, saputi, avrebbero motivato una ricusa legittima*, debba, per forza di ragione, farsi luogo a una limitazione (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1172 his; THOMINE, t. I, pag. 513): nè giova opporre che i fatti, secondo la ipotesi, *erano anteriori* mentre s'ignoravano. L'equità di questa decisione è tanta, che io non saprei come respingerla. Per una combinazione che vien fuori inaspettata, rompendosi d'improvviso una lite fra' terzi, si produce da una delle parti una convenzione privata, dalla quale risulta che il sig. *B*, che io elessi perito in una controversia sociale, è nientemeno che un socio del mio avversario e cointeressato in causa; e capite bene che io ho tutto il diritto di più non volerlo e di ricusarlo. Dev'essere di lui come del giudice *in eadem causa*. Non importa dire che la presunzione sta sempre per la cognizione; e anche oltre la cognizione dee presumersi la rinuncia ai difetti di minor conto: ma c'è un limite, e non può ritenersi implicitamente accettato nel perito un deciso avversario.

b) Ma ogni attacco deve cessare *appresso il giuramento?* Altre dottrine, che sorgono ancora in nome dell'equità, vengono insinuando che dopo il giuramento eziandio, dopo l'operazione, al di là persino del processo verbale, per cause sopravvenute, sono ricusabili i periti (PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 561; Corte d'Amiens, 7 dicembre 1822, *Journal Av.*, t. XII, pag. 736; Corte di Chambéry, 2 settembre 1859, *Goddat utr.*). Suole per altro porsi mente in principal modo se il giuramento sia stato prestato *subito dopo la nomina*, o dopo un congruo termine. La nostra legge stabilisce nei casi ordinarii il termine di otto giorni, che è sufficiente ad ogni ulteriore indagine. Ma bisogna finirla. La legge è troppo chiara, troppo precisa: prestato il giuramento, la polemica del sospetto è chiusa.

3. *Sulla decorrenza del termine degli otto giorni.*

L'art. 309 del Codice di procedura francese vuole che l'atto di ricusa si faccia *entro tre giorni dalla nomina dei periti*. Dubbio quindi se dalla pronuncia o dalla notificazione della sentenza. Per noi il dubbio non c'è: la notificazione della ordinanza (eziandio, consenzienti le parti, emanata) e della sentenza è sempre il punto di partenza del termine. Il termine è puro, non avendo le parti ulteriore e legale diritto di evitare i periti nominati dal tribunale con una nomina consensuale, come si può fare secondo quella legislazione nel tre giorni seguenti. Ciò è da ritenersi senza pregiudizio di ciò che io osservo superiormente nell'ANNOTAZIONE 3ª dell'art. 253. *Diritto legale* delle parti io chiamo quello che, essendo scritto nella legge, è imposto allo stesso tribunale; quando io ammisi invece *una facoltà* di chiedere la sostituzione di periti di comune confidenza, facoltà che non esclude quella del tribunale di non accordarla secondo le prefate osservazioni.

Avverto però che se la pronuncia fu in contumacia, dovrà decorrere innanzi il termine dell'opposizione; e se la sentenza è appellabile, il termine ad appellare.

4. Non isfuggirà all'attento causidico che, in fatto di termini, l'art. 255 ha due parti ben distinte, giusta il vario oggetto della proposta. *Il primo periodo* parla dei motivi di ricusazione *anteriori*, e fissa il termine di giorni otto. *Il secondo* tratta *dei motivi sopravvenuti*, e il termine si prolunga sino alla *prestazione del giuramento*.

Articolo 256.

L'atto con cui si propongono i motivi di ricusazione deve contenere la produzione dei documenti giustificativi, o l'offerta della prova per mezzo di testimoni sui fatti specifici di ricusazione.

L'atto di ricusazione è notificato anche al perito ricusato.

Annotazioni.

1. La ricusazione è di sua natura *sospensiva*.

2. I motivi devono essere *specifici*; e nel novero di quelli che la legge formulò nell'art. 116. Il perito dal canto suo potrà riconoscere la giustizia dell'appunto, o senz'altro ritirarsi; e con ciò la quistione è finita.

3. La forma dell'atto è regolata dall'articolo 123.

4. *L'atto di ricusazione è notificato anche al perito ricusato*; oltre cioè la notificazione che dee farsi alla parte contraria. Noto che l'art. 121, discorrendo del giudice, si espresse — *l'atto originale è comunicato al giudice* — specie di convenienza riserbata al giudice, che non vedrà la faccia poco simpatica dell'usciere. Al perito ricusato *l'atto si notifica*. E allora non si tratta più *dell'atto originale*, ma la notificazione si farà come un'altra.

La notificazione fatta al perito denota forse che lo stesso perito sia a considerarsi come una parte in causa che possa prender la parola e difendersi? Ne daremo qualche cenno all'articolo 258.

Articolo 257.

La sentenza che ammette la ricusazione nomina altri periti.

Questa sentenza non è appellabile.

Annotazioni.

1. La pronuncia in tema di ricusazione è sempre *una sentenza*, superando la giurisdizione del giudice singolare, presidente o delegato. Eccezionale nella famiglia delle sentenze essendo *inappellabile* qualora la ricusazione venga accolta, la ragione della sua inappellabilità è posta nella convenienza di conservare e mantenere la operazione dei periti surrogati a quelli che furono espulsi in forza della medesima sentenza; sentenza che in ogni caso sarebbe stata provvisoriamente eseguibile (art. 341 del Codice precedente). Questa è la ragione principale. Imperocchè dove, reintegrato il perito nel giudizio di appello, dovesse poi rifarsi la operazione già da altri compita, ognun vede quale disordine, quale sconcio ne verrebbe; e se non dove poi rifarsi, il giudizio d'appello sarebbe completamente inutile.

2. Qui non è traccia della procedura da tenersi. Dovendo ricorrere all'analogia, *è forse praticabile quella descritta nell'art.* 121? Il tenore del presente articolo, che parla di *sentenza* e non fa motto di *ordinanza* come sempre suolsi quando occorre, persuade che non trattasi di una domanda incidentale proponibile al presidente o al giudice delegato: metodo che potrebbe pure considerarsi come più favorevole alla dignità del giudice, più intimo in qualche modo e più cauto. La domanda di remozione del perito si farà quindi al collegio.

Articolo 258.

Quando la ricusazione sia rigettata, la parte che l'ha proposta è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte e verso i periti che ne facciano domanda per essere stato leso il loro onore. Nel caso di questa domanda i periti cessano dal loro ufficio.

L'appello dalla sentenza che rigetta la ricusazione deve essere proposto nei giorni quindici dalla notificazione, con ritazione a comparire in via sommaria entro un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

Annotazioni.

L'appello adunque, negato dalla sentenza che ammette la ricusazione, è concesso da quello che la rigetta. E ciò io credo in vista delle conseguenze che ne derivano: conseguenze di risarcimento di danni verso l'altra parte e verso il perito che si chiami offeso nell'onore: e può esser cosa gravissima.

Questione. — *Il perito ricusato può intervenire in causa e assumere le proprie difese?* Questione che non ho veduta trattata dagli autori.

Può dirsi per l'affermativa che il perito ha sempre un interesse, e talvolta assai grave, onde la domanda sia respinta: questo medesimo articolo lo dimostra nell'azione che gli concede al risarcimento dei danni. Si lascierà egli battere senza difesa confidando in quella parte che dovrebbe appoggiare la sua nomina ma che forse indifferente o non curante non vorrà troppo combattere per lui? Perchè non sarà scritto anche in favor suo l'articolo 201, che non respinge mai l'intervento di veruno che abbia interesse nella lite? L'argomento non acquisterebbe tanto maggior forza dal

considerare che *non è appellabile la sentenza che ammette la ricusazione?*

Le osservazioni sono gravi, contuttociò ritengo la negativa, semprechè il quesito si estenda al proprio e vero intervento in causa, e quindi si tratti di una discussione propria e contraddittoria. Che il perito possa dichiarare negli atti mediante spontanea comparsa lo stato delle cose, dissipare l'accusa, giustificarsi, il negarlo sarebbe ingiustizia manifesta e senza scopo. Sì, il perito potrà farlo; e facendolo con dignità, con calma, e puramente e semplicemente nel senso del vero, resterà al suo posto senza scapito dell'onor suo, anzi con arrota di fiducia. Del resto egli è più presto *oggetto* che *soggetto* della lite, come mi espressi parlando del giudice. Non ho mai visto il perito intromettersi come gladiatore in una lotta di ricusazione, frammischiarsi fra i combattenti, quasi anelante di dare dei pareri che gli interessati non amano di avere da lui. In queste materie delicate già la mostra di volere, portata sino al calore del litigio, basta a toglier confidenza: con ciò il perito rinuncia di esserlo. Quindi è che ammetter l'intervento in causa equivarrebbe all'esclusione dell'interveniente come perito, e, per così spiegarmi, egli entrerebbe per uscire. L'interesse che la legge contempla nell'articolo 201 *è interesse di lite*, e suppone la partecipazione di diritto nella questione che si agita. Interesse di questa natura il perito non ne ha, nè può avere. L'ho già detto: appena egli concepisca un simile interesse, cessa di esser perito. Il non attribuire diritto di appello, se la sentenza ammette la ricusazione, è anche argomento che il perito deve rassegnarsi alla risoluzione del tribunale, e restare in disparte.

Articolo 259.

Dopo la nomina dei periti, il giudice delegato, sull'istanza di una delle parti, premessa la citazione dell'altra e dei periti, riceve il giuramento di questi, e stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui essi cominceranno le loro operazioni; e, quando ne facciano domanda, determina la somma da depositarsi nella cancelleria anticipatamente per le spese.

I periti devono giurare, nella forma stabilita dall'articolo 226, di procedere fedelmente nelle operazioni loro commesse nel solo scopo di far conoscere ai giudici la verità.

Articolo 260.

Quando il perito non accetti la nomina, o non comparisca nel giorno e nell'ora indicati per prestare il giuramento, o per eseguire la perizia, è nominato d'ufficio, colle norme stabilite negli articoli precedenti, un altro perito, se le parti non siansi accordate in questa nomina.

Il perito che, dopo avere prestato giuramento, non comparisca nel giorno ed ora stabiliti per l'eseguimento della perizia, può essere condannato alle spese e al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Si rinuncia alla nomina* anche col fatto semplice di non comparire a prestar il giuramento o a cominciare la operazione della perizia che, come si vede, si assume in presenza del giudice con un processo verbale in giorno determinato. I periti non sono obbligati a metter mano al lavoro, *se non si anticipano le spese;* e il nuovo Codice ha fatto bene ad averlo in vista. I francesi disputano anche di questo nel difettoso loro Codice; e troviamo autori che rigettano codesta pretensione dei periti (Favard de Langlade, t. iv, pag. 704; Thomine, t. i, pag. 519; Pothier, colla legislazione del suo tempo, la trovò cosa ragionevole, ma disse che non era in uso, *Trattato della procedura civile*, p. i, cap. 3). Però devono *farne domanda;* e la parte non sarà tenuta al deposito prima del giuramento.

2. Il perito *può esser condannato*, perchè può anche non esserlo, giustificando l'assenza sua al giorno destinato.

3. La rinuncia o il mancare del perito per una causa qualunque riconduce lo stato del processo a quello che era innanzi, a quello cioè previsto dall'art. 258: *Si nomina dalle parti*, o supplisce il giudice.

Del procedimento. I proceduristi francesi lamentano a questo luogo una lacuna del Codice, e si domandano in qual modo succederà codesta surrogazione (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1191 bis). Il nostro articolo è alquanto più esplicito del 316 francese, dicendo: « è nominato d'ufficio, *colle norme stabilite negli articoli precedenti*, un altro perito... ». Norme di rito per altro non si trovano negli articoli precedenti. Laonde, se altri domandi: *il giudice pronuncia forse il decreto di surrogazione in quella medesima udienza in cui si verifica la mancanza del perito eletto; o piuttosto si deve promuovere apposita istanza avanti lo stesso giudice, o al presidente, o al collegio*, e in qual termine si farà la nomina convenzionale, e dopo quale non potrà più farsi?, gli articoli *precedenti*, io credo, non vi risponderanno. Facendoci aiutare un po' dalla logica, un po' da regole d'analogia o da qualche altra cosa, diremo: che, dovendo le parti di nuovo arbitrare sulla nomina del perito, il processo verbale si limiterà a constatare il difetto del perito e la decadenza in cui è incorso per dar luogo ai provvedimenti surrogatorii. Che il giudice possa nel medesimo congresso punire il perito delle spese e del risarcimento dei danni, non opino neppure, fermo che in quel momento non pronuncierà decreto. Tale pronuncia delle spese o dei danni si farà insieme alla nomina del nuovo perito, non mai d'ufficio, ma previa istanza di parte, non incorrendosi tale condanna *ipso jure*. L'incidente è proposto allo stesso giudice delegato; sopra stragiudiziale istanza, a forma dell'art. 181, destinerà il giorno e l'ora dell'udienza avanti di sè; il decreto si notificherà all'altro procuratore. Si converrà nella persona di un altro perito? Bene; se no, il giudice nomina altro perito d'ufficio con ordinanza che pure sarà notificata. Può sollevarsi contestazione anche grave. È il caso di surrogare il perito? È vero che egli non comparve nel giorno destinato forse perchè passò l'ora ch'era stata prefissa, sedendo tuttavia il giudice nello stesso luogo? Il perito ha giustificata o no la sua mancanza? Se l'ha giustificata, si deve non solo assolvere dalle spese e danni, ma anche mantenerlo nella sua funzione di perito malgrado l'espressione così secca e così recisa dell'articolo 260? Ecco delle questioni che il giudice delegato rimetterà *a udienza fissa*, giusta il disposto dell'articolo 181.

Articolo 261.

La copia dell'ordinanza o della sentenza, nella parte che determina l'oggetto della perizia, e i documenti necessari, sono consegnati ai periti non più tardi di giorni cinque da quello del giuramento.

Articolo 262.

Le parti possono fare ai periti, nel corso delle loro operazioni, le osservazioni che credano del proprio interesse, e di queste deve farsi menzione nella relazione.

Articolo 263.

Quando i periti non possano terminare l'operazione nel giorno indicato, questa è da essi prorogata ad altro giorno ed ora certi, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Se i periti non possano compiere le loro operazioni nel termine stabilito, possono prima della scadenza domandare una proroga.

La proroga è domandata con ricorso al presidente, il quale, udite le parti, provvede.

Annotazioni.

1. L'articolo 261 suscita un dubbio singolare, se devasi consegnare *la copia della ordinanza o della sentenza che determina l'oggetto della perizia*, quella cioè che ammette la perizia secondo l'art. 252; se ne arguisco di più che tale ordinanza non fu prima notificata, e di fatti nel corso di questo capitolo non si vede punto tale notificazione prescritta. Ma come impareranno i periti di essere stati eletti? Se all'adempirsi dell'art. 259, cioè alla citazione

che li invita a prestare il giuramento, essi saranno digiuni d'ogni notizia, come potranno decidersi ad accettare l'ufficio? O non potranno accedere ad un giuramento, o giureranno nell'ignoto e senza conoscere quale importanza abbia la grave promessa che fanno. Anche questa è una lacuna? Checchessia, ci guidi la logica, ci consigli il buon senso, e *si notifichi al perito l'ordinanza* o *sentenza della sua nomina prima di citarlo a giurare.* Poco importa se avremo una superfluità, non dannosa però, non inutile, nel precetto posto in capo dell'articolo 261.

2. La legge non dice, e non può dire, che le parti saranno, volendo, *presenti* alle operazioni dei periti, o in un modo piuttosto che in un altro, cioè in voce piuttosto che in iscritto, siano per comunicare *le osservazioni che credono del proprio interesse*, delle quali in ogni caso *sarà fatta menzione nella relazione.* La legge suppone ciò che non è guari possibile: che la operazione dei periti si svolga da principio a fine sotto gli occhi del giudice: quindi si fissa *il giorno e l'ora per eseguire la perizia* (art. 260); *e se nel giorno indicato* non possa eseguirsi, *l'operazione è da essi prorogata ad altro giorno ed ora certi senza bisogno di citazione* o *notificazione* (articolo 263); ma si prosegue dicendo che, *non potendosi compiere l'operazione nel termine stabilito*, si può prima della scadenza domandare una proroga, e il presidente, *sentite le parti, provvede.*

3. Vi è dunque una proroga che dànno a se stessi i periti, e un'altra che devono chiedere al presidente. L'affare delle due proroghe si spiega così: *l'ordinanza* o *sentenza che ammette la perizia, stabilisce il termine entro il quale dev'essere presentata la relazione* (articolo 252). Questo è il termine generale, la cui durata rappresenta quella della facoltà degli stessi periti (articolo 268). Ma dentro questo spazio essi regolano il tempo alla loro propria operazione, e ciò è ben giusto: basterà solo che si mantenga acceso il giorno in cui *si eseguirà la perizia*, ossia si presenterà dai periti insieme raccolti, al cospetto del giudice e in presenza delle parti se vogliono intervenire, il risultato dei loro esperimenti e dei loro studii. (Il perito, o uno di essi, con incarico degli altri, comparirà avanti il giudice, e il cancelliere farà nota dell'aggiornamento.)

4. La proroga si chiede *al presidente, non al giudice delegato.* Io, che non amo l'ampliamento delle delegazioni perchè l'autorità s'indebolisce passando di mano in mano, e ne scapita la coesione del lavoro giudiziale, sento che il giudice delegato ebbe circoscritti i suoi poteri dalla ordinanza o sentenza che impose il primo termine (articolo 252); nè può dare a sè, mediante una proroga, dei poteri maggiori.

Due domande si potranno fare. *Se la perizia fu ordinata con sentenza, e così dal collegio, il presidente conserva la facoltà che gli attribuisce l'articolo* 263, *capoverso* 2°, *di accordare la proroga?* Il dubbio non è grave: la legge non distingue. Nè si oppone la logica giuridica: non si tratta di bilanciare l'autorità del tribunale che pronunciò la sentenza, ma di custodirne l'effetto modificandola in una parte accidentale.

Il presidente può delegare in genere, almeno per un certo tempo, *la facoltà a lui attribuita nella materia degli incidenti* (articolo 186). *In tal caso cessa forse l'applicazione del presente articolo* 263? Veramente noi siamo in termini di una facoltà speciale, di una facoltà che emana da questa legge, e non da un'altra più generale e più comprensiva. Sotto più aspetti l'atto determinativo della proroga si distingue da quello con cui si risolve un incidente iniziale; non si può insomma fare inferenza da questo agli articoli 181 e 186. Osservate dunque rigorosamente la parola del testo.

Articolo 264.

I periti fanno una sola relazione, nella quale devono esprimere un solo avviso motivato a pluralità di voti.

In caso di divergenza di opinioni fra i periti si esprimono i motivi delle diverse opinioni senza indicare il nome dei periti che le hanno espresse.

I periti non possono corredare la loro relazione di piani e tipi, salvo sia stato loro ordinato con l'ordinanza o con la sentenza, o vi sia consenso delle parti.

Annotazioni.

« La perizia (si legge nella Relazione PISANELLI), quando più persone ne sono incaricate, è un'opera collettiva, un lavoro fatto « in comune. Non si fa pertanto che una sola « relazione, nella quale i periti devono esprimere un solo avviso motivato a pluralità di

« voti. — Ma nel caso di divergenza di opinioni « si dovrà soltanto esporre i motivi delle di« verse opinioni, o si dovrà anche indicare il « nome degli autori della medesima? Il pro« getto stabilisce che si debba far constare dei « motivi del dissenso e non mai della persona « dissenziente. » Il Ministro ne dava le ragioni giustissime proseguendo il discorso con più parole che a noi non faccia mestieri. La ragione è che tutta la forza, trattandosi di un perito, sta *nel valore della opinione*, e la manifestazione del nome potrebbe nuocere anzichè giovare, e mi valgo anche qui delle parole della Relazione « quando si pensi che la « potenza dei nomi è leuocinio per accreditare « false opinioni ». La pubblicità non è poi buona per ogni cosa; onde io stimo inopportuno zelo di pubblicità quello dei legislatori di Ginevra che tennero il contrario. Del resto, cominciando dal Codice francese, questa idea è stata sempre seguita, e non è una novità.

I periti possono convenire in una conclusione *per motivi differenti*, che in tal caso devono esprimersi.

Articolo 265.

Quando tutti i periti sappiano scrivere, la relazione dev'essere sottoscritta contemporaneamente da tutti i periti, in presenza del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha ordinato la perizia.

Se i periti o alcuno di essi non sappiano scrivere, la relazione è letta dal cancelliere in presenza di tutti i periti, ed è sottoscritta da quelli di essi che sanno scrivere.

Il cancelliere fa risultare di ogni cosa con processo verbale in fine della relazione, la quale rimane depositata nella cancelleria.

Annotazioni.

1. *La relazione* e *il processo verbale* della perizia sono cose diverse. Il processo verbale è, come sempre, una storia. Il processo verbale non è *uno* come la relazione, ma si divide, o può dividersi, in parti, in altrettanti processi verbali distinti, rappresentanti i varii momenti dell'azione peritica, raro essendo che nel primo possa compiersi. Vi è il processo verbale di apertura e quello di chiusura; anche dei fatti intermedii potrebbero richiedere un processo verbale. L'articolo non accenna che all'ultimo, e tien conto separato della relazione: la relazione è sottoscritta dagli stessi periti; il cancelliere la riceve e descrive i modi. Il Codice attuale ha moderate certe pesanti formalità prescritte dal precedente. Se i periti sanno scrivere, sottoscrivono la relazione *in presenza del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha ordinata la perizia*. Si fa a meno della lettura. L'articolo 349 del Codice del 1859 voleva la lettura ad ogni modo. Se niuno o alcuno dei periti non sa scrivere *la relazione si legge*: l'articolo 350 comandava *al segretario di scrivere di sua mano la relazione in presenza di tutti i periti, e preria lettura*. Bastava alla consegna della relazione *la presenza del segretario del tribunale che aveva ordinata la perizia*, e in questo la legislazione non è cangiata.

2. **Questioni** *di nullità, se queste o simili formalità non sono state osservate.*

a) Ha detto il DALLOZ che *la pluspart des formalités* (relative alle perizie) *ne sont pas prescrites à peine de nullité, et ne sont pas substantielles* (*Répertoire*, n° 18, 187, 203, 207, 223). La stessa parsimonia di clausole annullative nel nostro sistema come nel francese, per cui il DALLOZ crede di poter concludere che il male sarà che i periti perderanno i loro onorarii, e forse si farà una nuova perizia. Questo autore adunque non sa vedere formalità sostanziali di nessuna maniera quando si tratta di un processo peritico; altri non meno autorevoli delle formalità sostanziali ne incontrano più d'una (BERNIAT SAINT-PRIX, p. 305, not. 3; FAVARD DE LANGLADE, t. IV, pag. 105, v° *Rapport des experts*, n° 5, ecc.): ma resta ancora a chiarirsi quali siano. Vi ha una opinione che può dirsi media, opinione che crede che la legge sia scritta per qualche cosa. Ma distinguendo fra *irregolarità* e *nullità*, ritiene che quando le irregolarità siano in qualche modo irreparabili, si potrà ordinare dal giudice il rinnovamento della perizia (CARRÉ, quest. 1199). La giurisprudenza francese è anche più varia, disforme, inconcludente delle dottrine.

Vizi possono essere *nella relazione*, vizi *nel processo verbale*: distinguiamo. I vizi della relazione sono *interni* o *esterni*: *interni* quelli che, per es., riguardano la espressione dei voti, la motivazione, ecc.; *esterni* se la rela-

zione non è sottoscritta; o, essendo i periti illetterati, non fu letta dal cancelliere, ecc. Il processo verbale è vizioso se omette qualche parte importante della storia a lui affidata, se manca la firma del redattore, che è lo stesso cancelliere, ecc. I vizi della prima maniera, concernenti il tessuto razionale della perizia e il suo metodo discorsivo, potranno subire nell'ordine ideale la loro condanna; l'esposizione confusa, l'amalgama di opinioni conflittanti, il difetto di motivi faranno luogo al provvedimenti dell'articolo 269. Ma *all'ordine materiale* appartiene la mancanza di sottoscrizione di lettura, ecc., o se altro funzionario, fuori di quello che la legge destina con un certo rilevato proposito a tali atti, si fosse arrogato eseguirli. Tratterebbesi in tal caso di una relazione sfornita di autenticità, senza efficacia, e ci potrebbe lasciare indecisi persino della sua esistenza.

Tutto questo così abborracciato, sformato e senza carattere legale, non sarebbe per avventura nullo? Vi è qualche cosa che non sia sostanziale in codesta serie di guarentigie che intendono a far sì che non si riceva qual opera dei periti eletti, od espressione dei ponderati loro giudizi, qualunque carta si presenti, qualunque favola o plagio si compiaccia di narrare qualche schernitore della giustizia: e in termini più generali intendono ad assicurare *il vero giudiziale?* Questo è, e non può negarsi, imperocchè niun giudice o tribunale fermerà la sua attenzione e fonderà i suoi argomenti sopra una perizia giudiziale che non avrebbe esistenza legale, e se il facesse, la sua decisione sarebbe inesorabilmente colpita dalla censura della Cassazione.

Vi è dunque nullità. Ma la nullità ravvolge forse tutta la operazione da capo a fondo: o percuote soltanto l'atto della sua presentazione, e quali effetti sono per derivarne?

Per queste ricerche, io credo, si entra nella via della soluzione. È chiaro che, rimanendo la relazione in quello stato d'imperfezione e d'illegalità, non « avria membro che tenesse fermo »: non sarebbe una cosa. E nondimeno una volta che fosse riparato al difetto della presentazione, il lavoro dei periti ricomparirebbe in tutta la sua efficacia di operazione giudiziale, non in quanto risanato fosse da vizi che portava dentro di sè, ma in quanto fu esteriormente stabilito il rapporto tra esso e i proprii suoi autori, di cui per un momento mancò la prova. In tale condizione di cose sarà forse, e per questo solo motivo, ordinata una nuova perizia, quasi la perizia stessa fosse nulla? No, e poi no; si ordinerà la correzione dell'atto di presentazione; una ratifica, un apporre di firme ove non furono apposte con una applicazione dell'articolo 269, analoga ai suoi principii. Ecco tutto. Pertanto sarebbe errore il dire che *non si tratta di forme sostanziali*, quasichè il fare e il non fare, lo stare colla legge o contro la legge sia tutt'uno; ma il rimedio sarà semplice, facile e coerente allo scopo della legge, che veramente è, secondo il pensiero di Dalloz, uno scopo di conservazione in tema di perizie che, mirando ad aiutare le ricerche del giudice e la verità, non devono, per quanto è possibile, soggiacere in modo alla tirannia della forma da diventare un vero impaccio e quasi materia fornita dal giudice medesimo a rinascenti litigi.

E soltanto si ordinerebbe la nuova perizia (*V.* art. 269) ove l'atto di presentazione non si volesse o potesse regolarizzare.

b) Del processo verbale. La fede delle cose operate è nel processo verbale. Per due cagioni il processo verbale può tornare inconsistente, o per vizi suoi proprii come processo verbale, o per esprimere fatti giuridici irregolari e nella loro forma censurabili. Se il processo verbale mancasse nel presente caso della sottoscrizione del cancelliere, non avrebbe esistenza, e per conseguente la relazione dei periti, comunque atto distinto per se stesso, non avrebbe pur essa esistenza giuridica, essendochè il processo verbale va ad essa unito e ne forma parte integrante. La nullità di un processo verbale è di natura che non può esser sanata dal silenzio o dall'adesione espressa delle parti (Bonnier, *Procès verbaux*, n° 500). Una distinzione però importantissima dee farsi in ordine ai processi verbali *in genere*. Il processo verbale contiene talvolta tutta l'importanza della causa; fondamento e prova dell'azione, l'azione stessa perisce con lui. Una contravvenzione a leggi di polizia o doganali è constatata dal processo verbale: in questo caso il processo verbale non è solamente *un atto della procedura*, ma *un documento*. Anche in materie civili il processo verbale può contenere tutta la forza della prova e gli elementi sostanziali dell'azione, come in tema di falsità di documenti giudiziali che per esso è stabilita. Nel caso attuale non cessa di essere un atto estrinseco alla relazione dei periti, quantunque suggello di sua autenticità e condizione di sua esistenza giuridica. Irregolare, può rifarsi, lasciando intatta, anche nel suo materiale, la operazione dei periti.

c) Sul rifiuto di sottoscrivere la relazione per parte di alcuno dei periti. Anche qui delle questioni. A noi basteranno poche parole, po-

tendosi richiamare le avvertenze che noi stessi abbiam fatto su tale questione ai §§ 351 e 352 del *Commentario sul Codice sardo*. Osserva il DALLOZ che quando l'opera peritica è stata lavorata in comune, e si è ottenuto un risultato collettivo, *il serait souverainement injuste de priver les parties du bénéfice du rapport, et on applique par analogie l'art.* 1016 *du Code civil*. (Ma quale analogia!) Essere sufficiente la soscrizione della maggioranza. Si dice che un lavoro collettivo si sostiene col concorso della maggioranza, la quale colla sua adesione e soscrizione prova che il lavoro è stato fatto, ed è precisamente quello; ed uno che nega, o non vuol fare una cosa contro ragione, non deve mica dar la legge a due, e a questi si presterà sempre più fede che ad un solo. Ma, ditemi, è un discorso giuridico? La soscrizione materiale o l'adesione formale è necessaria solo perchè è *integrazione* e *complemento* della perizia; perchè un perito potrebbe sul fine pentirsi delle sue proprie opinioni, pentirsi del suo concorso e abdicare l'opera assunta e condotta sino a quel punto. Male per lui perchè avrebbe corso delle risponsabilità gravi, ma all'ultimo il perito è libero delle sue opinioni sino a quella solenne ratiabizione e conferma che fa in giudizio. Insomma non vi sarebbero che due periti in luogo di tre; bisognerebbe surrogargli un altro. È un errore il credere che *la collettività importi solidarietà*. Tanto non importa solidarietà che i periti lavorano *insieme*, conferiscono *fatti e pensieri in comune*, ma *la loro individualità* si manifesta nella opinione e nel voto, e nei motivi, e nelle ragioni del discorso; e non si tratta provare un'adesione, ma di prestarla in effettto.

Io sento bene che diversa ipotesi è quella in cui si dimostrasse che il perito che figura dissenziente non ha potuto presentarsi, o la sua adesione complementare mancò per impotenza, e ch'egli non si è volontariamente rifiutato.

Articolo 266.

Il presidente può ordinare che la relazione dei periti sia ricevuta dal cancelliere della pretura del mandamento in cui la perizia fu eseguita, o di quello della residenza di uno dei periti, e il cancelliere trasmette immediatamente la relazione in originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ha ordinata la perizia.

Articolo 267.

L'onorario dei periti è tassato dal presidente con ordine di pagamento in margine del processo verbale, e il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha chiesto la perizia, e, se questa fu ordinata d'uffizio, solidalmente contro tutte le parti interessate.

Annotazioni.

1. *Parti interessate:* quali sono? Potrebbe supporsi che tutte le parti che stanno in giudizio siano interessate in questa prova che è di sua natura complessiva e fatta nell'interesse della verità, che infine è l'interesse di tutti. Contuttociò la discretiva che risulta da questa espressione deve avere un qualche significato: la legge non ha detto *tutte le parti che sono in causa*. Di fatti si può concepire una questione ristretta fra alcuni dei molti contendenti che stanno in giudizio. Apertosi un concorso universale, non si tratta che di eliminare una controversia nata in confronto di uno o pochi creditori del concorso; e a ciò si è istaurata una perizia. Del resto se fu ordinata *d'ufficio*, l'interesse di una parte sola non si comprende. Se la perizia ha per oggetto una liquidazione di danni a favore di una parte, forsechè la parte contraria, che sarebbe debitrice, non può dirsi interessata? DALLOZ opina così, e parlando della prima dice: *cette partie sera seule obligée*, e ancora, *on ne peut dire que les experts agissent dans un intérêt commun* (*Répertoire*, v° *Experts*, n° 268). E perchè no? Qui per interesse bisogna intendere semplicemente il contenuto della perizia: quel litigante che vi è compreso, ha interesse. Il presunto debitore vi ha interesse non meno del presunto creditore; non potrebbe il suo debito risultare minore, o anco non risultare?

Articolo 268.

Il perito che ritarda o ricusa di presentare la relazione nel termine stabilito o prorogato, decade di diritto dalla nomina, e le parti possono chiederne senz'altro la surrogazione, in conformità degli articoli precedenti.

In questo caso il perito non può pretendere alcun onorario o rimborso, ed è tenuto alle spese ed al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

Parlando dell'articolo 268 si è fatto ragione di un caso diverso: il perito è comparso, ha presentata la sua relazione, ma non ha voluto sottoscriverla, o, illetterato, dopo la lettura ha protestato di non volerla confermare, e si ritira. Ora abbiamo un perito che *ritarda* messo a livello nella condanna col perito che *ricusa!* Non vi par troppo? *La decadenza è di diritto.* Con questa abbastanza formidabile clausola si intende forse che non si accetterà più veruna scusa, che non si ascolterà qualsiasi giustificazione?

Fermiamoci un momento per fare alcune considerazioni generali e tracciare alcune distinzioni. *La decadenza di diritto* ha primieramente un significato unico e inseparabile: essa crea immediatamente e senza il concorso del fatto dell'uomo un diritto contrario, una situazione inversa che a realizzarsi aspettava, come sua propria condizione, la inosservanza di una legge, un mancamento, un passo falso. Questo è il punto di vista più generale e più complesso *della decadenza di diritto*. Applicando, diciamo: che passato il giorno, passata l'ora, e non presentata la perizia, è nata subito la facoltà di chiedere *senz'altro*, come si esprime il testo, *la surrogazione di un altro perito.*

Rapporto al quesito se il perito ritardatario potrà tuttavia giustificarsi, si vuol distinguere fra *quella decadenza* che è il portato di una convenzione, e quella che è il portato della legge siccome pena: e ancora suddistinguere gli effetti della pena, in quanto produce un diritto utilmente esercibile a favore di una parte contraria, o in quanto rappresenti puramente e semplicemente la privazione di una facoltà, una restrizione di diritti in odio di un'azione commessa e contro colui che l'ha commessa.

Chi non paga in un termine designato una corrisposta d'affitto, condizione della proroga di esso affitto, decade dal diritto di continuarlo, e può essere espulso dalla casa malgrado venga poco appresso offerendo la somma. È l'effetto della convenzione.

Chi non appella nel tempo prescritto acquista alla parte contraria il diritto della cosa giudicata: egli è decaduto di diritto dall'appello, e senza speranza.

Invece il perito ritardatario si trova nel terzo grado, nel grado di una propria e vera penalità. Quale ingiustizia, quale scandalo se non avendo potuto per cause da lui indipendenti presentarsi in quel giorno, in quell'ora, e giustificando la forza maggiore a cui ha dovuto soggiacere, non dovesse valergli per sottrarlo a sì grave pena e conservarlo nel non demeritato ufficio!

Articolo 269.

Quando l'autorità giudiziaria non trovi nella relazione elementi sufficienti per la decisione della causa, può ordinare ai periti di dare anche oralmente all'udienza schiarimenti ulteriori, ovvero ordinare una nuova perizia da eseguirsi da uno o più periti nominati d'uffizio. I nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino convenienti.

Annotazioni.

1. « Può avvenire che la relazione sia in « qualche parte oscura ed incompinta. Stabi- « lire in tal caso che non siavi altro mezzo « fuorchè di annullare la perizia e di ordi- « narne un'altra, sarebbe uno spediente dan- « noso sotto due rapporti; cioè per le spese « che cagiona alle parti, per la nomina di altri « periti stranieri alle cognizioni acquistate dei « primi. Una via più semplice adottò il Codice « ginevrino, e dopo di esso il Codice sardo (ar-

« ticolo 355), che fu in tal parte seguito dal « progetto. — Fra una relazione incerta, « oscura od incompiuta, e in una perizia inetta, « contraddittoria, assurda, corre una grande « differenza. Nel primo caso possono bastare « alcuni schiarimenti, nel secondo è necessaria « una nuova perizia. » In questo brano della Relazione PISANELLI, e nei seguenti che non occorre riportare, è delineato il concetto della legge con una chiarezza superiore a quella che il suo testo presenti.

Il testo di fatti non discerne l'uno dall'altro caso. Troppo letteralmente tenendosi all'articolo 355 del cessato Codice, non accenna che a quello *in cui non si trovino elementi sufficienti per la decisione della causa*, o lascia al giudice l'arbitrio sconfinato *o di ordinare schiarimenti ulteriori anche oralmente all'udienza, o una nuova perizia.*

La legislazione di Ginevra ha il vanto meritato di progressiva. La eloquenza di BELLOT, il celebre relatore della Commissione, seppe esercitarsi anche in questo tema sì poco suscettibile. Dipinse a vivi colori i vantaggi della perizia orale e pubblica (*Exposé des motifs du tit.* XVI, *par* M. BELLOT): tuttavia quel Codice prudentemente lasciò libera ai giudici la scelta del metodo. Ed ivi pure, secondo la testimonianza ben autorevole di BONCENNE, il sistema della perizia scritta è generalmente seguito.

2. Questioni. — *a) È necessario che il numero dei periti d'uffizio corrisponda a quello dei periti ai quali vengono surrogati? Possono nominarsi periti di ufficio per collaborare con alcuno di quelli già nominati che rimane al posto?* Io credo potersi deputare un solo perito in luogo dei tre esautorati. È questa una facoltà assolutamente attribuita al potere discrezionale. La operazione fatta, comunque mal fatta, può aver raccolto tal cumulo di materiali e talmente digrossato il lavoro, che l'opera di tre diventi superflua. Ma i vecchi periti, secondo me, sono da escludersi tutti: se la perizia riuscì condannevole tanto, e sì poco degna d'uomini addottrinati nell'arte loro, non parmi che abbia a conservarsene alcuno: perchè se quell'uno fosse stato conoscente del fatto suo, avrebbe saputo guidare anche gli altri. È un composito o un miscuglio di cattiva lega: e non sembra permesso. I primi periti potranno soltanto essere richiesti a somministrare delle spiegazioni. Ciò dico senza escludere i casi particolari, e senza volerne formare una regola assoluta. Il DALLOZ di fatti sembra tenere una diversa opinione (DALLOZ, v° *Expert*, n° 309. Possono anche vedersi le osservazioni di MERLIN, v° *Expert*, § 1; BERRIAT, pag. 307; *Commentario al Codice sardo*, n° 361). Saranno però esclusi sempre e per regola i periti che diedero voto stragiudiziale, come saviamente decise la Corte di Genova nel 23 gennaio 1854 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1854, t. II, pag. 397).

b) L'ordinamento della nuova perizia è nel puro ufficio del giudice, o questa può eziandio chiedersi dalle parti? Non è una questione seria: tuttavia, sotto una legge identica (articolo 322 del Codice di procedura civile francese), si è potuto negare alle parti cotale diritto (*Praticien*, t. II, pag. 247; PIGEAU, t. I, pag. 300; Corte di Besançon, 6 dicembre 1815, *Journal Ar.*, t. XII, pag. 721). Ma la massima contraria è generalmente ricevuta, e con ragione; anzi è a tenersi che il tribunale sarà molto lento in ordinare una nuova perizia con tanto consumo di tempo e di spese, ove le parti accettino e convengano in quella che è stata fatta. Siamo già intesi che le parti possono chiedere d'accordo una nuova perizia, e nonostante non concederla il tribunale. In questo senso il tribunale di Genova nel 31 dicembre 1851, *Gazzetta dei Tribunali*, 1852, pag. 58; Cassazione, 15 aprile 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, t. I, pag. 260.

c) Dei difetti radicali e irreparabili di una perizia, e di quelli il cui rimedio può ripetersi dalle illustrazioni e schiarimenti degli stessi periti. S'intende che una nuova perizia non deve ordinarsi che nella prima ipotesi. Si converrà anche facilmente che la formola della legge *non trovi elementi sufficienti* male risponde a quella che il ministro PISANELLI chiamò una perizia *inetta, contraddittoria, assurda.* Ma se la legge lascia forse troppo alla ragione del giudice, il giudice studii di rendersi degno della fiducia della legge, e ne riempia, se mi permettete dirlo, il vuoto. È da porsi in primo luogo che la disapprovazione del giudice sulle massime, sui ragionamenti e sulle conclusioni dei periti non lo autorizza a tentare, per mezzo di una nuova perizia, di ottenere risultati razionali più conformi alle sue proprie vedute. Egli è padrone di non aderire affatto ai giudizi dei periti: l'articolo 370 gliene dà tutto il diritto, ma una volta che *il lavoro dei periti è tale che una convinzione può formarsi*, non può dirsi che la perizia *manchi di elementi sufficienti*: poco importa se alla convinzione loro non si associa quella del giudice.

Il ripudio di una perizia, specialmente se costrutta da uomini serii coscienziosi e più di numero, è una cosa grave. Noi supponiamo errori profondi; e ne vediamo di due maniere:

intellettuali o materiali. Ho posto in avvertenza il giudice di non accondiscender troppo presto ad una riprovazione che gli suggerisca, quasi ad onta, nnove consultazioni, come il litigante non contento di un parere che gli dà torto, ricorre a un altro avvocato perchè gli dia ragione. Errori di calcolo, confusioni di fatti, omissione di occuparsi di alcuni problemi importanti, il non essersi formata un'idea abbastanza chiara dell'oggetto, il non avere presentate tutte le soluzioni che sono necessarie, o lo avere divagato senza proposito in ricerche estranee, inutili, imbarazzanti e via discorrendo, portano *alla insufficienza*, alla inconchiudenza, al bisogno di schiarimenti o di vere riforme. Bisogna bene che il giudice disperi di ottenere tutto questo dagli stessi periti per annullare il loro operato e volerne dei nuovi. C'è un altro riflesso che ha pure la sua importanza: la legge non dice se appena veduta la perizia, prima di sentirne la discussione nell'interesse rispettivo delle parti, *motu proprio* possa il giudice ordinare una nuova perizia. Badate bene che io distinguo ciò che chiamo *motu proprio* del giudice da una risoluzione presa *ex officio* e senza espressa domanda delle parti. Io questo lo ammetto. Supponete che una perizia gettata, direi quasi, pasto alla discussione sia da entrambe le parti, o se volete anche da nna sola, caricata di tali censure, e sia talmente giustificata l'inabilità dei periti, che la necessità di una nuova perizia apparisca evidente, ma che però non sia domandata, forse perchè la parte che ha interesse di abbatter la prima preferisca di annullare la prova al ricostruirla mediante una nuova perizia. Ebbene: potrà il giudice d'ufficio decretarla. Ma allora egli lo fa con cognizione di causa, egli non si abbandona al primo moto di una riprovazione precipitata. (Alcune di queste idee furono per me espresse nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 3, n° 360, ove notai qualche buona decisione delle nostre Corti.)

d) Adottato il partito della interpellanza dei periti, forse non potrà il giudice ordinare di poi una nuova perizia? Sì, lo potrà: e perchè non lo potrebbe se niuna valida risposta, o una risposta generante confusione maggiore, fu il prodotto della interpellanza? Ciò mostri come nei casi ordinarii sia sempre miglior consiglio cominciare dal risentire gli stessi periti. Del resto il ripudiare nna perizia perchè non raggiunse il suo scopo, perchè non soddisfece al quesito proposto, non equivale al rigettare tutto il lavoro o, se mi è lecita la parola, allo scomunicarlo, semprechè i vizi che contiene non siano di forma, o non siano di natura da impedire al giudice di valersi in modo alcuno del fatto loro: come, per es., si trattasse di *periti proibiti*, figuriamo parenti o affini in linea retta. Onde non rimane, a rigor di parola, annientato il primo rapporto, che può presentare ancora ben utili sussidii ai nuovi periti. (Di ciò MERLIN, BERRIAT, pag. 307, n° 32, e DALLOZ, ecc.)

Osservazione aggiunta. I vizi delle perizie sono di tre maniere: 1° *Formali*, che direi anche *reali*, cadenti *super re ipsa*, che attaccano la esistenza giuridica dell'atto, *forma dat esse rei*. Se la perizia fu ordinata da giudice incompetente, se fu eseguita mentre ostavano i termini della procedura; 2° *Personali*, quando l'organo stesso della manifestazione è colpito d'inabilità radicale, come un perito che si trova nella cerchia vietata dagli articoli 254, 236; 3° *Ideali* sono i vizi logici, discorsivi, espositivi della perizia come lavoro intellettuale, che fanno rigettarla come inetta al fine, ma senza fare, per dir così, *tabula rasa* di tutto quello che si è fatto. Nelle due prime contingenze vi ha propriamente nullità, non nella terza, ma piuttosto revisione, riforma: quindi è che non pochi elementi della prima operazione possono alla seconda attaccarsi utilmente. È chiaro che le parole dell'articolo, *i nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino convenienti*, non hanno significato che nell'ultima ipotesi.

e) Della terza perizia. È ammissibile nna terza perizia? Le Corti piemontesi, pur restringendo i metodi e l'opportunità di farlo, in massima non ne hanno mai dubitato (Cassazione, 26 marzo 1852, *Gazzetta dei Tribunali*, 1852, t. I, pag. 165; Corte di Genova, 15 dicembre 1851, *Gazzetta dei Tribunali*, 1852, t. II, pag. 24; Corte di Torino, 19 luglio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, 1853, t. II, pag. 805; Decisioni del 6 aprile 1839 della Corte d'appello di Genova, e del 10 giugno 1853 della Corte d'appello di Torino, *Gazzetta dei Trib.*, 1852, t. II, pag. 406, e della stessa Corte d'appello di Torino, del 10 giugno 1853). *La terza perizia sarebbe ordinata nella divergenza delle due prime*, disse la Corte di Genova nella decisione 23 dicembre 1852 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1853, t. II, pag. 178). Vi fu anche il caso *di tre perizie discordanti*, e allora si determinò, perchè il caso portava così, non doversi far luogo alla quarta perizia; ma in altri casi anche la quarta perizia fu ammessa (Corte di Genova, detta decisione 23 dicembre 1852, e 10 febbraio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, 1853, t. II, pag. 501). Veramente la legge non

fissa il limite *ultra quem;* e sembra confidare nella *discrezione*, userò questa frase, del potere discrezionale del giudice. Ciò che chiamiamo perizie nuove, potrebbero essere quesiti speciali sopra dati punti non bene chiariti, sopra certi calcoli non esatti, e faranno in modo i prudenti magistrati da limitarsi a simili indagini per non gravare il processo di troppe carte, le parti di troppe spese.

3. *Procedura successiva alla perizia.* Il metodo per proseguire il giudizio si troverebbe risalendo a regole superiori: lo abbiamo visto in altro luogo, in combinazione non dissimile (*V.* art. 250, ANNOTAZIONE n° 9, e art. 253). Nel sistema letterario del Codice, giova ripeterlo, si è cercato di stabilire delle regole generali e comuni atte a comprendere anche quei particolari del rito che comparivano e ricomparivano qua e là nei titoli specialmente dedicati alla costruzione delle prove. Quindi all'articolo 354 del precedente Codice non si vede dato un successore; nel fondo però la disposizione è la stessa. « Compiuta la perizia (diceva « quell'articolo) la parte più diligente estrae « copia della medesima, e la produce ed of- « fre in comunicazione all'altra parte. Lo « stesso atto conterrà le sue deliberazioni. La « parte contraria avrà il termine ordinario di « giorni quindici per rispondere ».

Articolo 270.

L'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunziare secondo la propria convinzione.

Annotazioni.

Senza contestare un principio che tiene alla essenza della giurisdizione, si può far luogo a tre diverse indagini: 1ª *Se la indipendenza riserbata al giudice a fronte del giudizio dei periti gli attribuisca in ogni caso la facoltà di ammettere o di non ammettere una perizia quando stimi che la perizia non sia profutura;* 2ª *Se non avendo tale facoltà, mentre la prova per mezzo di periti gli sia imposta dalla legge, mantenga anche in questo caso la piena indipendenza del suo giudizio;* 3ª *Se nei casi comuni, nei quali l'ordinare o no una perizia è del tutto rimesso al giudice, egli possa, dopo averla ordinata, prescinderne, e valendosi di altre prove procedere alla risoluzione del merito prima che la perizia sia esaurita.*

Alla prima questione. Come altrove abbiamo notato (all'art. 252, ANNOTAZIONE 2ª), in non pochi casi la legge impone la perizia. Se in una divisione ereditaria le parti non concordano nella formazione delle quote, spetta a periti nominati d'ufficio il comporle (art. 996 del Codice civile). Le basi di un giudizio di lesione devono esser constatate da una perizia (art. 1041, detto). Anche la procedura in più specie la richiede categoricamente (art. 623, 663, 877, 891, ecc.). È dunque facilmente risolto il primo quesito.

Veniamo *alla seconda questione.* Essa permette di portare il pensiero a una ricerca superiore. L'indipendenza del criterio del giudice non è mai assoluta, è sempre relativa: in altre parole, l'indipendenza del giudice non è mai un capriccio, una velleità, un *sic volui.* La forma del sindacato a cui soggiace la sua decisione è varia; quando è l'appello, quando la cassazione: ora è riveduto il suo discorso logico, ora è riveduto il suo discorso legale: ma qui si consideri il giudice solo in faccia alla ragione. Un lavoro composto da uomini che professano una scienza e un arte speciale; un lavoro che determina la esistenza o il modo di essere di fatti materiali che il giudice non può esaminare se non attraverso le altrui testimonianze; un lavoro che liquida in cifre positive un sistema di calcoli, prodotto di minute e laboriose investigazioni, condotte col sussidio dell'arte e lunga pazienza, non può essere ripudiato senza motivi, nè senza motivi gravi: si può non essere di quell'avviso; l'avviso dei periti non vincola, se si dimostra erroneo, o almeno se la erroneità si presenti alla mente del giudice come un concetto serio e meritevole di essere apprezzato. Perciò può dirsi che il giudice è più presto *superiore* che *indipendente* dal giudizio dei periti: *superiore*, perchè può surrogare la propria ragione, in quanto possa apparire valutabile, a quella dei periti: *indipendente*, per non farsi carico scrupoloso delle loro deduzioni, non lo è mai. Ciò in generale. Ma la legge civile, regolatrice del sistema delle prove, ha in dati casi espresso quale sia il genere di dimostrazione ch'essa tiene necessario. E in quei dati casi il giudice non può prescinderne; non può preferire una prova diversa; rimane sempre libero alle parti di eleggere perito o periti di loro comune fiducia, ma la perizia deve farsi. La sentenza che non obbedisse a questa legge, sarebbe annullabile in Cassazione. Dall'obbligo di procedere per via

di perizia, discende forse quello di doverne accettare i risultati?

Questa è di fatti la massima più ricevuta nella giurisprudenza francese. Il principio — *dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam* — viene per conseguenza a subire una modificazione del maggior rilievo. Il tribunale è legato dall'avviso dei periti. Così senza farne il menomo dubbio, il CARRE, quest. 1220, richiamando alcune decisioni normali (Cassazione francese, 7 marzo 1808 e 17 aprile 1816; il CHAUVEAU riferisce un altro arresto del 23 marzo 1831; FAVARD DE LANGLADE, e BERRIAT SAINT-PRIX ne convengono pienamente). Lo stesso CHAUVEAU, che non giura nella assolutezza di tale pronunciato, non contesta che la giurisprudenza non sia fermamente stabilita su questo punto. Ma il DALLOZ, ragionando questa volta per conto proprio (*Répertoire*, v° *Expert*), respinge con forza una conclusione così contraria alla regola di diritto: riconosce che non si può fare a meno della perizia, che la perizia ci dev'essere, perchè la legge non permette al giudice di abbandonarsi ai suoi proprii lumi; gl'impone questa specie d'istruzione, e glie ne fa debito: non gl'impone però la decisione dei periti.

Non porterò altre opinioni e soluzioni: dirò solo che la controversia non mi sembra ben posta, e che da ambe le parti si pretenda troppo. Assoggettare la mente e la decisione dei giudici alla mente e alla decisione dei periti, sarebbe invertire la logica stessa dei giudizi. Supporre che nella specialità dei casi, nei quali è obbligatoria una operazione di stima e una perizia, non sia per conto alcuno modificato il principio generale, proclamato dal presente articolo, è un esagerarlo. La prima opinione, se vuol esser logica, deve negare al giudice qualunque ispezione autorevole del lavoro dei periti; manca di elementi razionali la perizia, è confusa, non giustifica le sue deduzioni? non importa: il giudice è costretto di accettarle, la legge glielo impone. La coscienza dei periti rappresenterebbe quella del giudice passivo od inconscio: ecco tutto. La prima opinione, sotto un punto di vista assoluto, come generalmente si predica, è assurda. La seconda non ha il riguardo che pure si deve alla condizione che è fatta al giudice dalla singolarità dei casi che il legislatore ha dovuto definire ogni volta che vi si è incontrato, appunto perchè in quei casi la ragione dettava che una base di stima, una liquidazione esatta di valori, era necessaria. Sottraeva quindi all'ordinaria libertà del giudice la scelta della prova. Ciò per altro non è un comandargli l'accettazione pura e semplice e senza controllo del giudizio dei periti: sibbene la natura di un giudizio di esecuzione, di un giudizio che si risolve in una assegnazione o distribuzione di valori, toglie al giudice di poter surrogare, come nei casi ordinarii avviene, il suo criterio morale a una determinazione specifica che dee risultare, per volere del legislatore e per la ragione stessa delle cose, dal giudizio degli uomini dell'arte applicato ad osservazioni di fatto pratico che il giudice stesso non può fare. Che se io di sopra mi valsi di questo argomento per affermare che il giudice non può emanciparsi dal giudizio dei periti, sicchè non apprezzi convenientemente i dettati della scienza od arte ch'essi professano, ognun vede che, nei casi speciali in cui versiamo, è d'uopo risolversi col giudizio di periti, e farne base alla pronuncia definitiva. Un esempio per tutti. Come potrebbe farsi l'aggiudicazione avvisata nell'art. 662 e svolgersi nelle sue diverse forme il valore che raffigura il prezzo senza riferirsi al pronunciamento del perito? *Concludiamo:* il giudice ha facoltà e dovere di esaminare la perizia, può rigettarla, ma deve in tal caso ordinarne un'altra; può vagliare i calcoli e farli rivedere ancora, ma finirà sempre col fondare la sua sentenza sopra una perizia che diverrà atto libero della sua coscienza per averla approvata.

Alla terza questione che non è nuova. Per chiarezza addurrò un caso pratico. Avanti un tribunale di Francia erasi portata una controversia relativa a certi danni recati dal conduttore alla cosa locata. Il tribunale aveva ordinato una perizia per verificarli; ma prima che la perizia fosse eseguita, rigettò la domanda principale. In appello la Corte d'Orléans riformò la sentenza, coll'applauso ben lusinghiero del CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1220 bis. Doveva, disse la Corte, attendersi il risultato della operazione, o almeno che gl istanti fossero costituiti in mora e decadessero dal diritto di far eseguire la perizia.

A me pure la decisione par giusta, e mi porge occasione ad alcune avvertenze generali. La sentenza che ammette od ordina una prova accettata dalle parti, è cosa giudicata, e fa stato nella causa. Ciò importa che il giudice deve farne il conto che merita nelle sue successive determinazioni. *Ne deriva forse che sia sempre e assolutamente necessario esaurire la prova decretata?* Fingiamo sia stata ammessa una prova testimoniale, attesochè le apparenze della causa portassero che niuna convenzione fosse occorsa fra le parti, se non che nel corso della causa la parte che subirebbe la

prova ha scoperto e produce un documento scritto che, prodotto in tempo, avrebbe impedita la prova testimoniale (art. 1341 del Codice civile). Che fare? Appellare dalla sentenza se si potesse; ma noi supponiamo accettata la sentenza e trascorso il termine dell'appello. D'altro lato dovrà eseguirsi una prova non solo dimostrata inutile, ma respinta e riprovata dalla legge? Una legislazione caduta di seggio e che non è stata studiata, benchè meritasse di esserlo (Regolamento pontificio, 10 novembre 1834), abilitava il giudice *a riporsi* dal proprio interlocutorio, che era ben lontano dall'avere quella influenza determinativa *in genere suo* che gli è attribuita dalla legge nostra. Rispettiamo adunque il principio che nei nostri ordini giudiziarii è fondamentale; rispettiamo la cosa giudicata, non interrompiamo il corso della prova per riassumere il merito, tostochè il compierla è un diritto acquisito a taluna delle parti: discuteremo poi della sua efficenza e della sua importanza.

Abbiamo proposto il caso più grave. Con più ragione si applicherà il principio a una prova di perizia. Ammessa, perchè in mancanza di convenzione era d'uopo statuire il valore di una cosa data in deposito, vien fuori uno scritto convenzionale che lo accerta, in confronto del quale non sariasi ordinata la prima. Non può il giudice in presenza del nuovo fatto correre senz'altro alla decisione. Se le parti non rinunziano di concordia alla prova, se chi la richiese non è decaduto dal diritto di farla, deve avere il suo compimento: al merito il valutarne la efficacia. Quantunque il fatto *in eum casum reciderit a quo consistere non potuisset*, qui ha luogo l'eccezione — *attamen non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuissent.* — È facile vedere che con ciò il giudice non accetta in anticipazione l'esito della perizia, ma obbedisce al debito della regolarità coll'eseguire la regiudicata, per la quale non è più lecito metter in discussione che *actus semel utiliter constiterit.*

§ V.

Dell'accesso giudiziale.

Articolo 271.

Quando l'autorità giudiziaria creda necessaria l'ispezione del luogo o della cosa controversa per mezzo di uno dei giudici, può ordinarne l'accesso anche d'ufficio.

Annotazioni.

1. Confrontiamo con questo l'articolo 358 del Codice di procedura del 1859 per coglier la ragione della differenza. « Nel caso in cui « il tribunale lo creda necessario, potrà ordi- « nare che uno dei giudici si trasferisca sul « luogo controverso per la oculare ispezione « del medesimo; quando però si possa sup- « plire con una semplice perizia, non avrà « luogo la trasferta se non ad istanza di tutte « le parti. » Precisamente come l'articolo 295 del Codice di procedura civile francese. La Relazione PISANELLI giustifica il cangiamento con queste parole: « Il progetto formola più « nettamente e più assolutamente il concetto « della necessità che sola può determinare la « ispezione giudiziale. Siavi o non instanza di « parti, di alcune o di tutte le medesime, l'au- « torità giudiziaria non può ordinare l'ispe- « zione del luogo controverso se non quando « lo creda necessario. Non deve dipendere « dal desiderio delle parti l'obbligare il giu- « dice a recarsi sul luogo della controversia, « se egli crede che possa bastare una pe- « rizia ».

L'*utilità* della visita locale è di tutta evidenza. Una questione che s'intralcia su luoghi di non facile descrizione, non si presenta mai netta e precisa alla immaginativa che si sforza di appropriarsene i particolari, *oculis non subjecta fidelibus.* ULPIANO nel celebre frammento 8 *finium regund.* già accennava quella specie di gradazione onde la ispezione del giudice sovrasta al valore probativo d'una perizia, « ad officium (præsidis provinciæ) de « finibus cognoscendis spectat mensores mit- « tere, et per eos dirimere finium quæstiones « ut æquum est, *si ita res exigit oculisque suis* « *subjectis locis* ». BALDO commentando, *quod quando expedit, judex debet personaliter accedere ad locum et creditur ei judici in eo quod videt.* « Nelle questioni di servitù, special- « mente se urbane (e con ciò il PISANELLI di-

« ceva cosa verissima), e in quelle dei confini, « la ispezione locale mostra a un colpo d'oc- « chio un insieme di combinazioni e di partico- « lari, che a stento si raccolgono da relazioni « scritte ».

Sull'*utilità* siamo intesi: ma la legge prende per punto di partenza la *necessità*. L'espressione sarebbe invero troppo forte se non fosse temperata dall'elemento subbiettivo che fortunatamente ci si è fatto entrare, *se creda necessaria la ispezione*, ecc., laonde la *necessità*, cessando di essere una obbiettiva, sfugge alla censura. In altri termini: è una necessità relativa, una di quelle che appartengono alla convinzione: nondimeno la severa parola per una qualche ragione deve esser usata, mentre era così facile dire con BALDO, *quando expedit*, espressione la più naturale.

2. **Precedenti storici.** — Noi ci andiamo emancipando dai francesi, ma troppo adagio. Vi sono certi modi che noi mandiamo da un Codice all'altro, facendovi pochissima riflessione dato che il concetto si trovi buono e degno di venir conservato. Quelle parole hanno in quel paese una ragione di essere che qui talvolta non c'è. Per farla corta, in Francia si temeva l'abuso delle visite locali, il legislatore, dettando quella disposizione, temeva di conceder troppo all'arbitrio dei magistrati; della prudenza e temperanza loro diffidava; l'allettamento di certe sportule annesse alla visita, non so se altri motivi del pari o più ancora spregevoli, era per i giudici d'allora, o almeno parve, un pericolo e un fomite ad accessi troppo frequenti, a giudizi troppo empirici, e la informazione dei periti fu come a dire in rialzo. L'Ordinanza del 1667 era così ombrosa in questo proposito degli accessi giudiziali, che quando si rilevasse che non c'era proprio un bisogno assoluto di andar sul luogo, e poteva provvedersi con una perizia, si annullava l'accesso, i giudici dovevano restituire *l'importo delle vacazioni*, sottostare alle spese ed anche ai danni (DALLOZ, *Répertoire*, v° *Descente en lieux*, n° 9). A giudici senza dignità corrispondeva una legge senza dignità; altre volte i tribunali scendevano sui luoghi senza previo decreto, si passavano del processo verbale, onde le questioni di cui ci fanno fede decisioni anco recenti della Cassazione (1835-1843), e le memorie del DALLOZ (Ivi, n° 19) e del CARRÉ (quest. 1141). Per queste ragioni si fu più corrivi quando le parti convenivano, cessando il pericolo degli accessi voluttuosi o clandestini: l'influenza delle parti era allora una specie di correttivo, mutati i costumi, era divenuta soverchiante; e si deve al PISANELLI l'avere scoperta questa macchia che non appariva agli occhi di tutti.

3. L'art. 296 del Codice di procedura civile francese prescrive che il giudice delegato *dev'essere fra quelli che sono concorsi nella sentenza che ordina l'accesso*. Il Codice sardo del 1854 (articolo 351) aveva ripetuta quella disposizione. Non fu adottata da quello del 1859, e non la è dal presente. Era entrata la persuasione che un giudice ch'ebbe parte nella sentenza fosse meglio di ogni altro informato dell'oggetto, e potesse meglio ritrarne lo spirito. Col metodo nostro di potersi decretare l'accesso anche con semplice *ordinanza* che suppone la emanazione da un solo giudice, quella norma non poteva essere imposta. Ma sarà pur sempre uno della sezione giudicante, come dirò nell'ANNOTAZIONE prima del seguente articolo.

4. *La delegazione di un giudice è sempre necessaria? Non potrà l'intero tribunale discendere alla visita dei luoghi controversi?* La dottrina francese si presta con una certa facile condiscendenza a questa interpretazione del loro articolo 295, specialmente se concorra il voto di entrambe le parti, raccomandata la economia della spesa, e che il luogo sia anche vicino (FAVARD DE LANGLADE, t. II, pag. 76; BERRIAT, pag. 310; Cassazione, 9 febbraio 1820). A formare tale dottrina, però debolmente annunciata e sotto molte riserve, ha certo contribuito la dizione dell'articolo, *le tribunal* POURRA... *ordonner qu'un des juges*... Ma per noi sarebbe una estensione manifesta, una interpretazione ripugnante. Assai meglio redatto il nostro articolo, pone la facoltà nell'ordinare l'accesso; detta norme imperative per la delegazione del giudice. (Non isfugga che questo Titolo è scritto per i tribunali collegiali. Quanto all'accesso del *pretore V.* l'articolo 429.) Aliena da un apparato per cui la spesa sarebbe in ragione inversa del decoro, la legge trova che *la necessità dell'ispezione* è soddisfatta *dall'accesso di un giudice* (la lettera stessa dell'articolo lo persuade); ciò che nell'articolo 271 si presenta come uno dei caratteri della nozione, nel seguente è un ordine espresso, *delega il giudice*. Fatto l'accesso giudiziale indipendente dalla istanza, anche concorde, delle parti (Relazione PISANELLI), se questa non influisce a determinarlo, molto meno influisce perchè il tribunale si muova invece del giudice, come si vede usato in Francia. (Ciò dico modificando, in relazione alla mente del nuovo Codice l'opinione che espressi nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 3, pag. 226, 227).

Digitized by Google

Articolo 272.

L'ordinanza o la sentenza, che ordina l'accesso, ne determina l'oggetto, e delega il giudice che deve eseguirlo.

Quando l'ispezione debba farsi coll'assistenza di periti, questi sono nominati in conformità del paragrafo precedente.

Annotazioni.

1. *La operazione dell'accesso giudiziale è forse ristretta al territorio in cui l'autorità giudiziaria esercita giurisdizione? Può delegarsi altro giudice che non appartenga al consesso giudicante?* Sono due quesiti connessi, e con un solo principio si risolvono, benchè i loro aspetti non siano identici.

Dalla natura della prova, dall'oggetto che si propone, si deduce chiaramente che l'accesso giudiziale non può essere trasportato fuori dell'orizzonte, è una frase bene appropriata, fuori dell'orizzonte del tribunale che giudica. È in tutto e per tutto *il giudizio degli occhi:* se non dobbiamo vedere cogli occhi nostri, tanto fa e meglio ancora valerci d'una informazione di periti. Tutto spira quest'esclusività dell'accesso giudiziale. La *descente en lieux* ha forse qualche cosa di più significativo: il tribunale *discende* per vedere, per verificare egli stesso col senso della vista da cui manderà le sue sensazioni a mescolarsi, per così esprimermi, coi suoi giudizi mentali. Ma anche *accesso* inchiude abbastanza l'idea della *locomozione* e dell'affacciarsi ai luoghi contesi. Il consesso giudiziario esamina e vede coll'occhio di uno dei suoi giudici: ciò basta. Ecco perchè il giudice delegato deve far parte della sezione giudicante; ecco perchè non si può delegare o suddelegare giudici estranei come negli altri casi in cui si tratta semplicemente *de auditu*, perchè infine in tal caso la interposizione del giudice è sempre indiretta e morale: ma una applicazione fisica, destinata a modificare le nostre interne convinzioni, non è surrogabile. Il Codice di procedura di Parma lo disse esplicitamente. « La visita giudiziale « viene eseguita dall'intero tribunale o da uno « dei giudici, *ma non può mai essere ad altri « delegata* » (articolo 365). Altri dei Codici italiani avevano seguito il francese (siciliano, articolo 390, romano, § 752). La parsimonia, un pochino avara della nostra legge, non deve pregiudicare al principio. Il Consiglio di Stato (francese) credeva di fatti inutile l'aggiunta: « Il n'a paru nécessaire d'exprimer cette ré« serve, *elle est du droit* ».

Bisogna rammentare che noi viviamo sotto una regola sapientemente restrittiva della facoltà di delegare. Ciò che negli altri Codici formava la regola (articolo 1055 del Codice di procedura civile francese; art. 1149 del sardo ora cessato), è divenuto eccezione (articolo 68). Qui la parola della legge si unisce allo spirito per le cose osservate sugli articoli 271 e 272; e la estensione non essendo scritta, non può inferirsi nè argomentarsi.

Resta a vedere se almeno *il giudice delegato possa trasferirsi fuori del distretto della giurisdizione.* (Suppongo che *il luogo della controversia* sia fuori del distretto. Quantunque ciò sia difficile perchè trattandosi di *azione reale* si presume adito il giudice territoriale; tuttavia può accadere, segnatamente nei casi previsti nel capoverso dell'art. 93.) Il BONCENNE, che sin qui era tutto nella esposta dottrina, si fece il quesito, e lo sciolse per l'affermativa. La delegazione del giudice del luogo, lo dissi altra volta, è il rispetto della giurisdizione in quanto si suddivide il territorio del Regno; la mutua delegazione dei magistrati giudiziarii rappresenta la *ubiquità*, permettetemi la frase, la ubiquità della giustizia e il concorso di tutti nel grande scopo di amministrarla. Ma l'intrusione di un magistrato nel territorio di un altro offende il principio della divisibilità della giurisdizione, che in fondo è quello della competenza. Deve dunque rigettarsi la sentenza del BONCENNE, meno come una violazione della teoria dell'accesso giudiziale, che di quella stessa della giurisdizione.

Può proporsi un obbietto. Se l'articolo 271 considera *necessaria la ispezione del luogo*, come nel fare la giustizia si potrà prescindere *da ciò che è necessario per farla?* L'obbietto e forse un poco la critica di questa parola *necessario;* mostrerebbe qual rigore deve usare il legislatore della procedura nelle sue formole. Nondimeno s'intende che trattasi d'una *necessità relativa* e impropria, e infine di un *sussidio* della convinzione, utile a raccogliersi quando si possa, ma di cui si è costretti di fare a meno quando un impossibile fisico o giuridico vi si opponga.

2. *Della nomina dei periti per assistere al-*

l'accesso. In conformità del paragrafo (non articolo) *precedente* significa, *secondo la prima parte di quest'articolo* 271, cioè *colla stessa ordinanza* o *sentenza*. Si domanda se le parti abbiano diritto d'elegger d'accordo i periti, giusta l'articolo 258. Sì: ma la lettera del capoverso di esso articolo dovrà in questo caso osservarsi a rigoro; cioè la nomina amichevole non potrà aver luogo *posteriormente* alla ordinanza o sentenza. Il procedimento dell'accesso è *sui generis;* non concede gli sviluppi proprii di una prova abbandonata ai periti.

3. *I periti deputati d'ufficio all'accesso possono esser ricusati?* Motivo non lieve di dubitare è: 1° che in questo Titolo non se ne fa cenno, e non si traccia veruna procedura relativa; 2° che con siffatta oppugnazione, e cogli atti a cui darebbe luogo, uno esperimento tanto semplice sarebbe protratto fuor di misura e contro il proprio scopo; 3° che infine i periti non fungono in questa operazione che una parte secondaria e, come si esprime la legge, di mera assistenza.

Essendo io tornato più volte sopra queste obbiezioni che ho fatte a me stesso, mi sono persuaso che i periti sono ricusabili.

Che la legge non ne parli, poco monta; anzi il parlarne sarebbe stato non più che una ripetizione: la regola era stata posta nella sua generalità nell'articolo 254. Ho dovuto riflettere che si tratta di un principio fra i più osservabili del diritto giudiziario: principio di libertà, principio di garantia ai fallibili giudizi della umana ragione. Il tempo che si dovrà consumare per esaurire la eccezione non è stato mai calcolato dalla legge come un ostacolo, imperocchè o non si è distinto fra processi più o meno urgenti, o il caso stesso della urgenza è stato preveduto dall'art. 255 colla facoltà data al giudice di abbreviare il termine. I periti si dicono *assistere* all'accesso perchè la funzione dell'accesso è prima di tutto funzione del giudice; ma il concorso solo dei periti è già molto rilevante in se stesso, mentre il giudice vi si decide allora solo che egli conosce di aver bisogno di loro. E poi chi può misurare la influenza che saranno per avere? Più spesso sta in loro mano la decisione del punto controverso se trattasi d'arte, di calcoli, di cognizioni ad essi riservate: tutti i pericoli che la legge ha temuti e ha voluto prevenire si verificherebbero tuttora.

La legge, è vero, non ha tracciata linea sul modo di procedere, ma noi vediamo spesso che è nel metodo del Codice, metodo commendevole in massima, di riferirsi tacitamente alle norme generali già statuite. Nè il supplirvi è difficile. Il termine alla ricusazione dovrà decorrere dalla notifica della ordinanza o sentenza che ordina l'accesso. Può darsi che il giudice previdente abbia ristretto il termine, inerendo all'articolo 255. Le norme indicate negli articoli successivi sono tutte praticabili, posto che l'atto di ricusazione sospende di ragione il corso dell'incidente.

Articolo 273.

Le spese dell'accesso debbono anticiparsi e depositarsi nella cancelleria dalla parte che ne ha fatto la domanda, nella somma stabilita dal giudice delegato.

Quando l'accesso sia domandato da ambedue le parti od ordinato d'ufficio, l'anticipazione e il deposito delle spese sono fatti per porzioni eguali, salvo che siasi altrimenti concordato tra le parti, e stabilito dall'autorità giudiziaria.

Annotazioni.

1. L'articolo 301 del Codice di procedura civile francese contiene la stessa disposizione, *les frais de transport seront avancés par la partie requérante et par elle consignés au greffe.* Ciò non ha impedito una questione ben ragionevole, e che può rinnovarsi fra noi. Le opinioni si divisero, mentre alcuni autori credono che la parte che procede alla esecuzione della sentenza sia pur quella che deve fare il deposito delle spese (CARRÉ, quest. 1154; HAUTEFEUILLE; SERPILLON, commentatore dell'Ordinanza, che però non dettava altrimenti: *et sera tenue la partie requérante consigner les frais ordinaires*). In tale pensamento è pure il CHAUVEAU (detta quest. 1154), il quale osserva che la legge ha dovuto dire *parte richiedente*, mentre si ritiene che questa a cui la cosa preme, proseguirà gli atti; ma la consegna delle spese è per sè atto d'esecuzione, e tale che non s'intende come a forza potesse farsi. Di fatti se la parte che domandò l'accesso non vuole andare innanzi, chi la potrà costringere? Ne segue che quella parte che darà moto alla esecuzione della sentenza, do-

vrà bene anticipar le spese. Aggiungo che col CHAUVEAU altri autori consuonano e formano una vera e pressochè assoluta maggioranza. Il PIGEAU rimane quasi solo nel campo opposto. Egli trova la legge chiara e tassativa per la parte che ha domandato l'accesso. Gli viene risposto che ciò è vero, e che soltanto in via di eccezione, per una condizione di cose non preveduta, bisogna accettare questo modo di applicare la legge. La questione è interessante nella pratica, e mi si permetterà di riferire anche l'avviso del BOITARD, uno dei proceduristi più stimati. « Le législateur n'a pas « voulu que le juge éprouvât des difficultés « pour obtenir le remboursement de ces frais; « ils seront donc avancés par la partie requé- « rante, *c'est-à-dire par la partie qui a pré- « senté la requête mentionnée dans l'article* « 297 »; nel quale si dichiara che per istanza *della parte più diligente* il giudice delegato *rendra une ordonnance qui fixera le lieu, jour et heure, etc.*

Si deve forse decider diversamente secondo la nostra legge? *In qual momento* si deve fare il deposito? Ciò è d'uopo vedere primieramente. La legge non lo impone contemporaneo alla istanza colla quale si chiede l'accesso. Anzi dalle ultime parole dell'articolo si ritrae potersi eseguire *dopo l'ordinanza e sentenza* che ordina l'accesso, dopo la quale possono eziandio le parti *concordarsi*. Se il deposito dovesse farsi prima della ordinanza o sentenza, quasi condizione della pronunzia, sarebbe chiaro che alla *parte richiedente*, e non altrimenti, ne correrebbe il debito. Senza dubbio vi hanno due momenti distinti nei preliminari di questo processo, rappresentati dal pronunziato che concerne la prova in quanto viene accordata od ordinata, e da quello che *stabilisce il luogo, giorno, ecc.* (articolo 271), che vale la esecuzione del primo. Anche in questa seconda fase la istanza bisogna farla *sulla istanza di una delle parti*. Se quella che ha chiesto l'accesso non si muove, se l'altra assume di portare ad esecuzione la sentenza, è chiaro che deve fornire i mezzi necessarii, e che soltanto al punto in cui l'operazione comincia i mezzi diventano necessarii. È argomento che coarta l'obbligo che il secondo richiedente ha di anticipar le spese: il non farlo equivale al non volere l'effetto, eccetto una condiscendenza di cancelleria, che è merce rara. Questa è invero la forza delle cose, abbenchè il testo intenda proprio di darne carico *alla parte che ha fatta la domanda della prova*. Non è un violentare la legge, ma applicarla quando e come si può; deve ritenersi ch'essa abbia così disposto pei casi soliti e comuni; richiede direttamente o vuole propriamente l'accesso colui che spinge giudice, cancelliere e periti sui luoghi controversi; egli è che traduce in pratica e reca ad effetto la ordinazione: egli è *la parte richiedente*, operante ed attiva. Siamo nei termini della legge, tanto più (e questo merita considerazione), che il preciso e vero scopo del legislatore fu di discernere l'obbligo delle spese che nasce dalla pronunzia domandata, e quello che nasce da una pronunzia d'ufficio; ciò espresse chiaramente e gli bastò, non curandosi troppo di definire la nozione della *parte richiedente*, che a primo aspetto sembra cosa chiara, e tuttavia le questioni sorte sopra questo stesso modo di esprimersi dovevano metterlo in avvertenza.

Resta ancora a sapere: 1° *Se la parte che fa istanza per la destinazione del giorno, ecc., costretta ad anticipare le spese dell'accesso, possa farsene rimborsare da quella che fece istanza per la prova;* 2° *Se da simili o diverse norme sia regolato il caso della pronuncia di ufficio.*

Non credo nella prima specie dovuto il rimborso, salvo a causa finita e vinta col diritto delle spese. Per giudicare altrimenti, si dovrà stabilire che il primo richiedente era pure obbligato a fare realmente eseguire l'accesso, e a ciò non vedrei fondamento giuridico.

Con altro criterio si governa la seconda specie; e questo parmi sfuggito alla grande oculatezza dei glossografi francesi. Se l'accesso fu ordinato d'ufficio, *a spese comuni* (perchè ambe le parti sono reputate aver uguale interesse); ovvero tutt'e due fecero la prima domanda, e quindi tutt'e due devono corrispondere parimente le spese dell'accesso, allora la condizione non cangia sia l'una o l'altra delle parti che promuova l'accesso effettivo, secondo il seguente articolo. Quando si tratta che una parte sola, *la parte richiedente*, deve fare il deposito delle spese, non resiste la lettera e concorre lo spirito della legge alla già data interpretazione. Ma nella presente ipotesi è manifesto che dal caso in fuori che ambe le parti concorressero eziandio nel domandare la esecuzione (che forse non avviene mai, e dove siasi pronunciata d'ufficio e dopo contestazione si può esser certi che non avverrà mai), fuori di quel caso, io diceva, *chi richiede la ordinanza dell'accesso, e lo fa eseguire, ha diritto del rimborso della metà verso l'altra parte;* altrimenti la legge sarebbe vana, perchè non potrebbe mai applicarsi. Se una parte sola domanda la esecuzione, dato che secondo

la precedente interpretazione per questo solo fatto fosse obbligata a risponder le spese senza rimborso dell'anticipo, l'altra parte sarebbe sempre esonerata.

Articolo 274.

Sull'istanza di una delle parti il giudice delegato stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'accesso.

Quando l'accesso debba farsi coll'assistenza dei periti, il giudice delegato, sull'istanza della detta parte, fa citare i periti, che abbiano accettata la nomina, a comparire sul luogo.

Annotazioni.

Questo articolo, già in parte esaminato, ci conduce proprio sul luogo, sulla scena, dirò così, della operazione; e con ciò l'esperimento ottiene il suo effetto. Il processo verrà corredato di questa prova, forse decisiva. Ora immaginiamo che l'*accesso ordinato d'ufficio non abbia mai effetto, perchè niuna delle parti si è curata di eseguirlo*, ma invece siasi proceduto avanti nel merito della causa, quasi non fosse.

Quando l'accesso è ordinato d'ufficio (che implica, come si disse altrove, una specie di necessità subbiettiva pei giudici che l'hanno ordinato) si è proclamata una dottrina, che, tolto il caso dell'appello, non possano le parti, neppure concordi, pretendere alla decisione del merito senz'aver soddisfatta la prova. Ancora: quella delle parti che si crede meno favorita, e meno spera nella operazione ordinata, non potrebbe spingere avanti il merito, pretestando la negligenza della parte contraria. Questa dottrina del FAVARD DE LANGLADE è approvata dal CHAUVEAU. « Nous concevons « difficilement comment ce qui était nécessaire pour éclairer les juges cesse d'être « parce qu'une partie est négligente. »

Ed io ho bisogno di porre qualche distinzione, e risalire un poco alla teoria, o, se volete, formarne una.

Sono entrato in questa materia discorrendo della perizia, specialmente all'art. 270. In altro luogo, ove tratterò con certa ampiezza (compatibile colla qualità del lavoro) dei varii caratteri dei giudicati ed efficienza loro, farò più espresso il mio pensiero: intendo di riportarmi a quelle idee normali ove non riuscissi abbastanza chiaro in questa esposizione di mera incidenza.

Un giudicato appellabile e non appellato costituisce regiudicata sul punto deciso. In questa prima ipotesi la sentenza interlocutoria, che ordina una prova, lega e giudice e parti in questo senso, che nè il giudice può sorpassarla senza darvi compimento, nè una parte può pretendere non doversene aver conto, per qualche buone ragioni adduca per mostrare che non avrebbe dovuto ordinarsi, o la sua esecuzione sia per tornare inutile: quel termine di marmo, che è la regiudicata, non può abbattersi collo sforzo di una parte sola; è necessario che anche la parte che è favorita dalla prova vi concorra. Ma se ambe le parti si uniscono *pour effacer*, per toglier di mezzo quel giudicato e quella prova, con atto formale equivalente a rinunzia di un diritto acquisito (articoli 343, 344), niun dubbio che possa farsi. L'accesso giudiziale, domandato e accordato nell'interesse di una parte richiedente, di poi rinunziato con rinunzia accettata dall'altra parte, non avrà più ragione di essere; o se utile era per riuscire veramente, tal sia della parte che ha voluto rinunziarvi.

Può in altra contingenza esistere un provvedimento di prova che non contiene forza e virtù di cosa giudicata, o perchè munito della famosa *clausola prima e avanti ogni cosa*, denotante che la situazione delle parti rimane identica, e pregiudizio non è recato al merito, o perchè il decreto sia di natura da non recarvi pregiudizio di sorta. Con tutto ciò quello stesso provvedimento, che è vocabolo in questo luogo assai proprio, forma *un precedente giudiziale che può essere gratuitamente abbandonato* o *dissimulato*.

E questo perchè? Perchè così richiede l'ordine processuale, nel quale non si possono supporre emanati provvedimenti inutili e senza scopo; perchè è logico il ritenere che la sintesi finale che si esprimerà nella sentenza, sia per derivare dallo svolgimento di tutti gli elementi della dimostrazione venuti a far parte del processo, specialmente se con un giudicato qualunque ne fu riconosciuta la importanza.

Così si rientra nella questione sopra proposta. *Coll'accesso ordinato d'ufficio*, il giudice mira ad illuminare la propria coscienza e acquistare un fondo di cognizioni utile a bene intender la questione, e quindi senza pregiudizio di veruna delle parti, anzi nell'interesse

Digitized by Google

di tutte. Provvedimento non appellabile, perchè non vera sentenza, e senza carattere di cosa giudicata; è per altro *un precedente ostativo a quella parte che assumesse di continuare la causa senza farsene carico, nel dissenso dell'altra.* Solamente, e questo accade in tutti i giudizi tenenti alla prova, la parte che si oppone e si mostra interessata a sostenere l'accesso, potrebbe venire astretta a darvi esecuzione in un termine da assegnarsi.

Ma la nostra ipotesi si è che l'una e l'altra parte convenga nell'abbandonare questo saggio che al giudice piacque di ordinare; e allora non può invero accettarsi la *teoria della immobilità del giudizio*, implicitamente dai lodati scrittori insegnata. Credo anche di non aver detto inesattamente che la questione rimane presso i proceduristi francesi indecisa. Io ritengo *che le parti, fra loro concordi, possano proseguire il giudizio, e con ciò il provvedimento sia come non pronunciato.*

Nè si opponga col CHAUVEAU che una prova *qui était nécessaire pour éclairer les juges ne cesse pas de l'être*, perchè le parti credano di farne a meno. Autore della prova in materia civile è sempre la parte, salva la legalità. Il giudice non può sostituirvi le proprie aspirazioni, per quanto onorevoli e rivolte a giusto fine: se così fosse, non solamente potrebbe ordinare per conto proprio un accesso, ma eziandio produzioni di documenti in quanto ritenesse averne bisogno *pour s'éclairer*, mettendo, per così esprimermi, i piedi al muro a non voler giudicare se il documento non fosse prodotto.

Quali conseguenze pertanto se non abbia luogo quell'accesso che il giudice vagheggiava come il complemento di sua istruzione? Ecco come la cosa si risolve. Il giudice deve sentenziare sugli elementi che sono raccolti nel processo; su quelli, intendo, che ha disponibili. La sua convinzione non è piena a favore della parte che invoca la sua decisione? Egli potrà bene rigettarla.

Articolo 275.

Il giudice nel giorno stabilito, siano o no presenti le parti o i loro procuratori, procede all'ispezione ordinata, e può fare d'ufficio, o a richiesta delle parti, altre ispezioni utili allo schiarimento della controversia, e dà i provvedimenti di urgenza.

Annotazioni.

Siano o no presenti le parti o i loro procuratori: dovranno adunque citarsi i procuratori, o la parte se è contumace. Ciò è in regola generale; sebbene l'art. 274 dica solo: *fa citare i periti.*

Il pubblico Ministero deve pure essere invitato per assistere all'accesso nelle cause in cui ha parte? Risponda per me il CAURÉ, la cui dottrina adotto interamente. « Il n'est pas nécessaire que le ministère public assiste à « la descente, s'il n'est lui-même partie dans « la cause, et par conséquent on ne doit pas « l'y appeler *dans celles où il donne simplement des conclusions*, aux termes de l'art. 83 « (per noi degli articoli 346, 347), *mais il doit « être présent lorsque il assiste dans les qualités de demandeur, de défendeur ou d'intervenant:* par exemple quand le roi est assigné « par ses domaines; quand il agit pour et au « nom d'un présumé absent, etc. » (all'articolo 300 del Codice di procedura francese). Di fatti è disposizione letterale di quell'articolo. Tace il nostro Codice, ma la regola è quella.

Articolo 276.

Quando il giudice proceda coll'assistenza di periti, questi prestano giuramento sul luogo stesso dell'accesso. Per il giuramento e per la relazione si osserva quanto è stabilito nel paragrafo precedente.

La relazione deve presentarsi, se sia possibile, nel luogo dell'accesso; in difetto il giudice stabilisce il giorno e l'ora della presentazione. Egli può delegare per riceverla il cancelliere della pretura, il quale la trasmette immediatamente per originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ordinò l'accesso.

La relazione è annessa al processo verbale dell'accesso.

Annotazioni.

Il giuramento è prestato col rito prescritto dall'art. 226 e colla formola dell'art. 259. La relazione è fatta colle norme dell'art. 264. La delegazione al *cancelliere della pretura* (locale) *per ricever la perizia* e trasmetterla, comprende ogni facoltà del ricevimento, secondo l'art. 265, e così l'obbligo del cancelliere di farne processo verbale, e per conseguenza le facoltà opportune.

Articolo 277.

Il giudice delegato può, d'ufficio o sull'istanza delle parti, ordinare la formazione di un tipo del luogo controverso, oppure la verificazione di quelli già prodotti in causa.

Il giudice affida questa operazione ai periti stessi o ad un altro da lui nominato, se le parti non si accordino per la nomina.

Annotazioni.

Il giudice delegato è dotato di un potere discrezionale che si esercita: 1° in quanto egli può raccogliere, userò questa frase, cogli occhi proprii ordinando descrizioni nel processo verbale, o nell'osservazione immediata e diretta della sua persona intelligente; 2° nel raccogliere o da periti o da testimonii informazioni e schiarimenti; 3° nell'ordinare descrizioni proprie dell'arte (tipi) per mezzo di periti che si suppone abbia condotti con lui. Può avere delle ragioni per non deputarvi gli stessi periti, *e può nominarne un altro* (non accordandosi le parti): e in questo caso non potrà deputarne che un solo, certamente per non ingrossare la spesa. Il nuovo tipo o la perizia verificativa di altri precedenti *sarà unita al processo verbale come parte integrante della relazione.* La legge presume che l'operazione dell'accesso abbia un tratto continuo (art. 279), e tutta quanta l'azione di quel piccolo dramma si svolga sotto gli occhi del giudice. Solo la relazione che appartiene non alla parte attiva ma alla descrittiva, può esser presentata posteriormente, ma in un termine dallo stesso giudice prefinito.

Articolo 278.

Quando nel corso dell'accesso si debba provare qualche fatto che il giudice riconosca pertinente, egli può sentire i testimoni che siano presentati sul luogo, conformandosi per l'esame alle regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

Annotazioni.

1. Questo articolo ha proprio bisogno di spiegazione. Vengono forse applicabili *tutte le regole stabilite nel § 3 di questa sezione* o alcune soltanto? La lettera sembra non escluderne alcuna, perchè il § 3 s'intitola *Dell'esame dei testimonii:* e qui si parla *di conformarsi per l'esame alle regole, ecc.* Ma è mai possibile? La natura di questo esame, momentaneo, improvvisato, a così dire, sul luogo, senza preparazione, e quindi senza materia formolata, senza uno scopo conosciuto, di testimonii che capitano a caso, o le parti hanno cura di far comparire in un momento propizio per rispondere a un dubbio, per dar rilievo a qualche particolare che ha un carattere d'attualità che sfugge alla previsione, un siffatto esame non può subire il pesante e lungo rituale dell'esame comune: ciò è evidente. Quanto era meglio che si fossero indicati gli articoli che si dovevano osservare, lasciando così tutti gli altri fuori di contestazione!

E in vero non basta il dire che la legge ha inteso di riportarsi a quelli che riguardano la forma stessa dell'esame, e sarebbero gli articoli 241, 242, 243 e 244. Vi è qualche cosa di più: vi è ciò che spetta *alla qualità personale dei testimonii.* Può forse interrogarsi ogni sorta di persone che si presentano a questo scopo, giacchè *devono esser presentati*, e da chi se non dalle parti? Non hanno forse un'influenza cotali testimonii, e in qualche punto di sottile controversia non potrebbero averne la decisiva? Io so bene che le *eccezioni personali* sono riservate di diritto; e ciò è nella ragione stessa

di questo straordinario procedimento, che non ha precedenti e non acconsente a quelle preliminari cautele che generalmente sono statuite. Ma per questo ancora ci riesce sempre più impropria e poco ponderata la formola *conformandosi alle regole*, *ecc.*, perchè ci saranno diritti essenziali allegabili bensì, ma con un giusto rispetto di analogia, e in quanto sia compatibile con questa procedura speciale, non mai in conformità letterale colla legge comune.

Fermiamoci al *diritto di ricusazione*. Non parliamo dei periti. Essendo questi nominati nella ordinanza o sentenza (art. 271, 272), che dev'esser notificata, può aver luogo la ricusazione in un termine posteriore, giusta l'articolo 255. Ma i testimonii sono assunti sul luogo dell'accesso; manca il tempo a prenderne informazione; è, come già dissi, una specie di apparizione inaspettata. Ora *varii modi* possono concepirsi. Il giudice deve aver cura d'interrogare il testimonio sulle sue relazioni colle parti, in obbedienza dei n' 2 e 3 dell'articolo 242. La contraria parte o il suo rappresentante può esser o no presente? Se è data tale dichiarazione dal testimonio che implichi una relazione o proibita o sospetta col litigante o nell'affare stesso di che si contende, la parte avversa può dare di tratto la eccezione, opporsi all'esame, e ne sarà fatta menzione nel processo verbale. Se non è presente non può esercitare questo diritto, ma non le può esser tolto. Risultando dalla risposta del testimonio, o da prove chiare e immediate, il grado proibito o l'interesse nell'affare, sarà della prudenza del giudice astenersi dall'esame e riservar le ragioni.

Dico *riservar le ragioni* mentre nulla osta che appresso la visita locale, specialmente se ordinata d'ufficio, possa eseguirsi un esame di testimonii.

2. Poichè siamo riusciti a questo, ci convien fare qualche altra osservazione.

L'esame che si assume, diremo *en passant*, sulla faccia del luogo, non è che un accessorio della visita locale; contribuisce, come il concorso dei periti, a quella completa informazione che si può desumere da questo genere di prova. Che un successivo e formale esame di testimonii possa eseguirsi, oltrechè la legge nol divieta (e basterebbe sol questo), per più argomenti è persuaso. L'accesso giudiziale, sia che per istanza o per volontà del tribunale abbia luogo, può bensì essere sussidiato da interpellazioni testimoniali, ma nella sua indole speciale e nel suo scopo non può rappresentare o surrogare, *teoricamente* parlando, l'esame formale dei testimonii. Nel sistema graduale delle prove ve ne hanno alcune che regnano, a così dir, sole, e dominano il campo del processo: prove sovrane, a cui le altre si inchinano; tali sono rispettivamente l'atto pubblico, il giuramento decisorio. Altre si cumulano, si succedono, si fiancheggiano: gl'interrogatorii, le perizie, i testimonii, gli accessi. Di più: l'accesso è di una natura materiale affatto: rare volte è suscettibile di comprender tutta la causa: vi resta quasi sempre una parte che concerne lo spirito, il fatto obbligatorio, quell'intellettuale insomma che la materialità dei luoghi non presenta nè spiega, e che implica il concorso di altri mezzi di prova.

Voglio per ultimo avvertire che i testimonii stessi sentiti dal giudice potranno essere riassunti, rifusi, in un largo processo testimoniale, escussi su quelle e assai diverse circostanze: nè mai potranno essere respinti dal testimoniare sopra articoli formolati, e nelle viste proprie della difesa, per aver subito qualche interrogazione in quell'incontro quasi fortuito. Si ritenga per massima *il giudice dell'accesso non può estendere le sue domande e le sue indagini oltre il materiale a cui la sua ispezione si circoscrive;* tutto ciò che riguarda il morale della causa gli è estraneo; le sue facoltà sono misurate dalla qualità e dallo scopo della sua ispezione medesima.

Articolo 279.

Quando l'accesso non possa compiersi in un solo giorno, il giudice lo proroga ad altro giorno ed ora fissi, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Articolo 280.

I documenti presentati durante l'accesso sono menzionati nel processo verbale, e restituiti alle parti per essere prodotti in causa, salvo che il giudice ne ordini, anche d'uffizio, l'immediato deposito presso il cancelliere.

Articolo 281.

Il processo verbale fa risultare di ogni cosa relativa all'accesso.

È sottoscritto dalle parti, se presenti, dai procuratori intervenuti, dai periti, dal giudice e dal cancelliere.

Quando l'accesso sia fatto ad intervalli il processo verbale è sottoscritto ad ogni interruzione.

Il processo verbale chiude che l'accesso indica i giorni impiegati nel medesimo.

Annotazioni.

1. *Della forma del processo verbale; se e quando possa essere annullato.* Quanto alla forma intrinseca, il suo compito è dichiarato — *fa risultare di ogni cosa.* Della *forma estrinseca* non si parla. In mancanza di una regola tipica o generale è permesso di dubitare se quelle forme caratteristiche e stimate essenziali nell'art. 247 in tema di prova per testimonii siano tali eziandio e di pari importanza in tema di accesso giudiziale, e generalmente in ogni altro tema. Avari nell'accondiscendere alle nullità, esponendo quell'articolo, noi ci siamo ristretti quasi del tutto a quelle forme che dànno *l'autenticità dell'atto* (*V.* al detto articolo): vale a dire la *sottoscrizione del giudice e del cancelliere*, senza cui l'atto non è. Invero quell'articolo, per la sua natura speciale e relativa, non potrebbe supplire al silenzio dell'art. 281: ma è manifesto che siamo in condizione identica; che si tratta della *essenza dell'atto* (1° capoverso dell'art. 56). Non può dirsi altrettanto della mancata sottoscrizione *dei procuratori intervenuti e dei periti*, qui mentovati, *e dei testimonii*, dimenticati dall'articolo: forme contingenti non essenziali.

2. *Della procedura successiva.* L'art. 271 del Codice di procedura diceva: « Compita la « visita, la parte più diligente estrae copia del « verbale, la produce ed offre in comunica- « zione all'altra parte. — Lo stesso atto con- « terrà le sue deliberazioni. — La parte con- « traria avrà il termine di quindici giorni per « rispondere ».

Questa procedura deve osservarsi.

§ VI.

Della verificazione delle scritture.

OSSERVAZIONI GENERALI

Le fonti della cognizione giudiziale possono esprimersi con una parola, *testimonianze:* cognizioni a noi trasmesse da altri uomini: il giudizio dei nostri sensi vi ha la parte minima, civilmente parlando; e può riassumersi nell'*accesso* di cui abbiamo or ora discorso.

La testimonianza è *viva e orale:* la testimonianza è *scritta*, e di sua natura permanente. Dal punto in cui siamo il Codice di procedura civile assume un nuovo ordine d'investigazioni: si occupa della prova scritta.

La critica, nel senso ristretto al nostro tema, può distinguersi in *logica* e *sperimentale.*

Logica è quella che opera su materiali già raccolti e presentati al suo lavoro mentale: ed è l'ufficio proprio e comune della critica, non esclusa la *diplomatica*, che non concorre alla formazione dei documenti ma si esercita su documenti già formati.

La critica *sperimentale* è uno dei grandi mezzi della procedura. La sua analisi è attiva, pratica, e nello stesso tempo determinativa. Il suo intento è di riconoscere se il documento sia fra quelli che possono esser sottoposti, come mezzo provante, all'esame logico che verrà poi dopo a saggiarne il valore giuridico: intanto deve sperimentarsi la sua bontà come *materiale*, meritevole di esser preso in considerazione.

I due titoli che seguono (§ 6 e 7, sezione IV) sono incaricati di questo studio o ricerca preliminare. Armonizzando colla legge civile, che ha stabiliti i grandi caratteri assoluti o

relativi, dei mezzi di prova, è semplice che la procedura non abbia ingerenza su quell'ordine di prove che hanno in se stesse la presunzione della verità; è chiaro che non sono queste le prove materiali *verificabili*.

La *verificazione delle scritture* è di quegli istituti che ha subito meno riforme: è uno di quelli che ci giunge maturo da antiche esperienze: eppure quanto studio ancora domanda!

I mezzi della verificazione sono: 1° l'accettazione della parte che ha interesse nella opposizione; 2° il confronto con altre scritture incontestate o incontestabili; 3° periti; 4° testimonii: mezzi di forza ineguale che, congiuntamente o separatamente operando, contribuiscono ancora a formare l'argomento razionale che in fine deve risolvere il problema.

Articolo 282.

La domanda per ricognizione o verificazione di una scrittura privata può proporsi in giudizio, sia che la domanda formi l'oggetto principale del giudizio stesso, sia che abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione.

Nel primo caso, se il convenuto riconosca la scrittura, le spese sono a carico dell'attore.

Annotazioni.

1. *Generalità*. Le disposizioni degli articoli 1320 e seg. del Codice civile, e quelle che veniamo ad esaminare, hanno un'attinenza, intenzionale quanto al legislatore, e reale quanto alla natura delle cose. Vediamo in primo luogo come se ne possa stabilire l'esatta corrispondenza.

La scrittura privata può impugnarsi in via civile: ecco, diremo così, il suo lato debole; mentre la potenza dell'atto pubblico consiste in questo che non può attaccarsi che con *iscrizione in falso*. Un altro carattere d'inferiorità della scrittura privata, in confronto dell'atto pubblico, si è che questa ha bensì la stessa fede dell'atto pubblico, ma solo nei rapporti di coloro che *l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi e aventi causa*.

Non può farsi una giusta idea dei principii che regolano l'istituto della *verificazione giudiziale*, senza comprendere le distinzioni e materiali e giuridiche che separano queste due grandi categorie della *prova letterale*, per non confonder quella che è suscettibile di essere impugnata da quella che non lo è, ed all'effetto di assegnare i limiti dei diritti subbiettivi. (Chiamo diritto *obbiettivo* quello che riguarda l'atto stesso e la sua verificazione in quanto può formare la prova; *subbiettivo*, il diritto personale della eccezione.) I *terzi* possono impugnare una scrittura privata benchè *riconosciuta* o *verificata*: il che non è lecito, come si disse, *agli eredi e aventi causa*.

La legge, parlando dell'atto autentico, ha detto *fa piena fede*, e con ciò ha creduto di esprimere la universalità del suo concetto: ne segue che la scrittura privata non fa, per conseguenza, *piena* fede, e non ottiene che una fede limitata e relativa.

È forse alquanto ultroneo trattenerci sulla efficienza provante dell'atto pubblico e sulla portata legittima, mi spiegherò così, dell'enunciato concetto; ma l'esperienza di ogni giorno mi assicura che non siamo ancora giunti ad intenderci perfettamente sopra una teoria così interessante. Del resto il breve discorso che ne farò si collega col mio argomento.

L'atto pubblico fa prova piena sino alla iscrizione in falso di tutto ciò che il pubblico ufficiale riferisce alla sua propria testimonianza, *alla testimonianza de' suoi sensi*, di ciò che ha udito e veduto, di ciò che si è operato in sua presenza. Non posso esimermi dal citare un bel passo del DUMOULIN: « Tabellarius non potest instrumentum conficere « nisi de eo tantum *quod in sua præsentia ge-* « *ritur a partibus* et ab earum consensu pen- « det, *cujus notitiam et scientiam habet pro-* « *priis sensibus, visu et auditu* ».

La *verità materiale*, così stabilita, partorisce la *verità giuridica*, non la *verità morale*, proposizione che io debbo chiarire.

Se le parti hanno detto in presenza del notaio, esercente le sue funzioni, l'una di vendere, l'altra di comprare determinando il prezzo, tutto ciò essendo vero, *oritur stipulatio ex verborum* che per consenso comune e per autorità della scienza sono capaci di costruire e dar vita a quel tal fatto giuridico che per esse

parole viene significato. La quale *verità giuridica afficit* eziandio i terzi, quelli cioè che nel contratto non intervennero o non hanno causa dai contraenti, diversamente da quanto avviene per semplice scrittura privata. L'estensione non è facile a comprendersi a fronte della regola che *res inter alios acta nobis non nocet*, e tuttavia deve esistere, altrimenti non avrebbe senso la limitazione fatta dall'articolo 1320 del Codice civile.

È bene da osservarsi che la legge usa sempre la parola *fede*, e non cangia mai espressione: nel significato di questo dogma giuridico *si deve credere che il fatto avvenne così e precisamente così come lo attesta l'ufficiale pubblico*. Questa stessa forza non è nella scrittura privata rimpetto ai terzi: senza bisogno d'impugnar l'atto, possono averlo come non avvenuto, i fatti da esso narrati come non esistenti.

Quando noi trattiamo di *fede* che si deve prestare ad un atto, facciamo intender chiaramente che noi guardiamo la cosa *in un punto di vista oppositivo dell'atto medesimo*, essendo manifesto che il terzo, quantunque terzo, può valersi di quel medesimo atto contro coloro che lo stipularono, atto che *illi prodest* non ostante l'antica teoria che in questa parte è caduta. L'atto servirà sempre come di confessione validissima contro quelli, cioè contro i contraenti ridotti alla giuridica necessità di non poterla impugnare.

Vi ha casi molti e frequenti in cui i terzi non possono dissimulare la convenzione, ma devono subirne le conseguenze. Il cessionario di un credito mi diffida onde io, debitore ceduto, gli paghi la somma, ma io sono in possesso di un atto pubblico col quale provo di aver pagato anche prima della scadenza. Tizio ha acquistato con titolo pubblico una servitù sul fondo del vicino; costui vende il terreno e lo promette libero da ogni servitù: ma il terzo che ha comperato il fondo è obbligato a rispettare il mio acquisto e averlo per buono. Ipotesi possono farsi senza fine. In tutti questi casi l'atto pubblico *tertio nocet*, e in ciò si verifica la virtù di quella formola capitale, *fa piena fede*.

Perscrutando attentamente questa posizione giuridica, noi vediamo che l'atto pubblico (eccetto frode o simulazione di che or or diremo), che l'atto pubblico *obstat tertio*, e fa prova contro di lui di uno stato diverso di cose *quante volte il terzo pretenda far valere dei diritti incompatibili appunto con quello stato di cose*: al che può valere l'esempio che si è dato di sopra di un cessionario che s'impegnasse di costringere al pagamento colui che con quietanza solenne dimostrasse di averlo già eseguito. Egli non potrà allegare di non essere intervenuto nell'atto, *perchè quell'atto rappresenta semplicemente l'interesse e i diritti delle persone che lo stipularono*; perchè così facendo erano interamente nel loro diritto, perchè s'intende che non abbiano voluto disporre nè implicitamente nè esplicitamente delle ragioni di terzi; e se lo avessero fatto allora è che il terzo può dire *mihi non nocet*.

Se io mal non m'appongo, la teoria sarebbe questa: *osta al terzo la convenzione praticata in atto pubblico se le parti contraenti non disposero che dei diritti loro proprii*; non osta e non pregiudica al terzo qualora, come dissi, vi sia involto esplicitamente o implicitamente il suo proprio e attuale diritto.

Per causa di esempio: se due condividenti, senza riguardo a un altro condomino che non ebbe parte nella loro divisione, si assegnarono rispettivamente le quote a grado loro; se vi fu assolto un tutore, un amministratore a riguardo di alcuni e senza il concorso di altri interessati. La teoria, a volerla portare sino alle sue ultime conseguenze, sarebbe suscettibile di modificazioni; ma noi non possiamo qui trattare la materia *ex professo*, e basti il già detto.

Dunque, riassumendo in una breve formola, *l'atto pubblico è una Verità materiale e fa piena fede di tutto ciò che l'ufficiale pubblico attesta avvenuto* coram se, *in sua presenza, e ciò* quoad omnes; *e costituisce una Verità giuridica e quanto alle parti che vi concorsero e quanto ai terzi, salvochè non si voglia in esso implicato il loro proprio diritto*, che i contraenti erano obbligati a rispettare e mantener salvo. Altro è a dirsi della *verità morale*.

L'atto *apparente*, *esteriormente vero*, può non esser vero *intrinsecamente*: può essere *simulato*: come tale può venir impugnato non solamente da terzi, ma anche da una delle parti: in effetto, come altri benissimo osservò, simili impugnazioni sono estranee alla efficienza materiale dell'atto: ne concernono più presto lo spirito e l'elemento intellettuale e volitivo.

2. Da codeste considerazioni risulta agevolmente che *il terzo non ha bisogno d'impugnare formalmente la scrittura privata che gli viene opposta*. A lui basta eccepire la incompetenza dell'atto a far prova contro di lui; egli si schermisce col dire, non lo conosco. Quindi l'articolo 1321 del Codice civile non si applica al terzo, ma alle parti medesime che si asseriscono esser concorse nella scrittura.

Digitized by Google

Nè il terzo si trova in condizione diversa, nonostante *che le sottoscrizioni siano state autenticate da notaio*, giusta l'articolo 1323 dello stesso Codice civile. Il massimo effetto di codesta autenticazione è di aversi per *riconosciuta* la stessa scrittura. Ma la ricognizione della scrittura è affare che interessa quel contraente che vuole usarne; la ricognizione pone la scrittura in uno stato di certezza rispetto alle parti, rispetto al terzo non sale mai al grado e alla dignità di atto pubblico.

3. *Del giudizio di ricognizione o verificazione in modo principale.* O a prudente cautela o nella previsione che una scrittura potrà venire impugnata o contrastata, chi vi ha interesse può istituire allo scopo indicato un giudizio principale.

Della competenza. Azione personale, è instaurata come ogni altra azione personale (articoli 90, 91, 92). Il *valore*, a regola della competenza, sarà quello contenuto nella scrittura. Quantunque il valore, o ciò che lo rappresenta, non sia l'*oggetto* della domanda, il giudizio che tende a garantirlo ed assicurarlo, il *giudizio del titolo*, abbracciando *totam rem*, ha la importanza della cosa stessa.

Del procedimento. Seguiremo la norma generale dettata dall'articolo 155, norma che derivando dalla qualità dell'autorità giudiziaria a cui si porta la causa, e da questa misurandone la importanza, riunisce i due fattori della competenza ordinamentale e gerarchica, il *valore* e il *grado del giudizio*. Seguiremo dunque quella norma. Fuori di quest'orbita è *il tribunale di commercio* che non sarà mai invocato per giudicare, obbiettivamente e principalmente, del carattere estrinseco di una scrittura, fosse pure una scrittura di commercio. Di fatti una scrittura della quale l'attore stesso confessa l'inabilità come mezzo provante, non può dirsi avere ancora carattere determinato civile o commerciale: l'*oggetto* poi del giudizio non ha verun rapporto colla competenza di un tribunale di commercio aggirandosi sui *caratteri generali della prova*, che è istituzione di pura appartenenza del Codice civile.

Si è detto *obbiettivamente* e *principalmente* per segnalare le due forme spiccate e distinte della *verificazione giudiziale*, di cui disse il Boitard: « La demande en vérification d'écri« ture peut être formée dans deux cas bien « distincts, soit *principalement* sans ni à aucun « litige, soit *incidemment* à une instance déjà « pendante » (*).

Mi restano a fare alcune ricerche, l'ultima delle quali non manca di gravità, perchè in parte nuova per noi.

a) Il giudizio principale di verificazione deve restringersi a questo, o si possono cumulare altre domande relative al merito? Se l'attore riunisce altre domande a quella della verificazione, una delle due: o sono istanze diverse e male si accordano in un solo libello, il convenuto potrà essere assolto dall'osservanza del giudizio; o in effetto saranno domande separate, e formeranno altrettanti capi distinti. Se poi la verificazione è chiesta in un giudizio in cui si domanda qualche cosa in seguito della verificazione ottenuta, la verificazione non sarà che un mezzo e un incidente dello stesso giudizio. Chi domanda la verificazione di una scrittura, e cento che gli sono dovuti, subordina la sua stessa domanda principale alla verificazione; e si pone volontariamente in quello stato in cui sarebbe se il convenuto negasse la scrittura. Questa è la ipotesi considerata in quelle parole — *se* (la domanda) *abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione.*

Ciò quanto all'attore. Ma non avendo la istanza di lui altro scopo che l'assicurazione del documento, il convenuto non potrà opporsi con eccezioni tolte dalle sorgenti del diritto e non dirette a combattere la pretesa dell'avversario sul terreno che si è scelto: così il merito intrinseco della scrittura, il suo contenuto, la inefficacia stessa della prova qualora si giungesse a regolarizzarla; per es. che il debito sarebbe ad ogni modo prescritto, non possono mettersi in discussione in un giudizio di questa natura (Dalloz, *Répertoire*, v° *Vérification, etc.*, n° 29).

b) Quando nasce l'azione della verificazione della scrittura? Il diritto della verificazione si acquista subito, si associa, per dir così, all'atto stesso, si manda ad esecuzione quando si vuole, in quella guisa che una carta privata può volersi, in qualunque momento, sottoporre per cautela alla formalità del registro. Il richiedente non ha bisogno di addurre verun motivo fuor quello generale della sua propria sicurezza; può farlo adunque prima assai della scadenza del suo credito. Con ciò non intendo escludere i casi nei quali il convenuto ha eccezione per respinger la domanda stante la evidente e necessaria inefficacia dell'atto, considerato nella sua intrinseca sostanza: limitazione che è necessaria di stabilire alla esposta regola, come vengo a dire.

(*) Se e come possa procedersi alla verificazione delle scritture avanti i tribunali di commercio, lo vedremo trattando del procedimento *avanti i tribunali di commercio.*

c) *Forse si ha diritto di proporre la verificazione di qualunque scritto che non abbia vero e proprio carattere di scrittura privata nel senso della legge?* In ogni caso il giudizio deve esser serio: la carta che si presenta alla verificazione deve contenere un oggetto giuridico abbastanza formolato e conoscibile. L'inettezza dello scritto a formare una prova qualunque di diritto, o estraneo al diritto, o frammento allo stato delle cose inconcepibile, perchè non potrebbe aver qualche significato giuridico, o fare un principio di prova se non associato ad altre prove in una valutazione complessiva, non saranno proponibili in un giudizio di verificazione. Il convenuto potrà obbiettare la mancanza di azione. *Scrittura privata* è un concetto ben ponderato e ben definito dalla legge, e nei caratteri che gli sono proprii, e nel suo valore provante, e nelle sue relazioni colle altre prove di maggiore o minor grado; il convenuto chiamato a riconoscere la scrittura *è chiamato a riconoscere una sua obbligazione:* suppone adunque una obbligazione di cui la carta deve avere almeno i caratteri apparenti.

Non voglio dire con ciò che solamente quelle carte che abbiano la forma di scrittura possano essere verificabili: che *carte obbligatorie* anche non sottoscritte non possano proporsi con effetto alla ricognizione del convenuto e alla verificazione. No: la legge ha un altro spirito, deve intendersi più largamente: una lettera che racchiude una confessione di debito; una carta sottoscritta o anco non sottoscritta che contenga la modificazione, la spiegazione, una più espressa e più decisa accettazione di patti adombrati in una scrittura anteriore; la ricognizione di certi rapporti personali che si ha interesse di assicurare nella previdenza più o meno remota di una contesa che possa sorgere, e consimili dichiarazioni risultanti da uno scritto, qualunque sia la sua forma, purchè apparisca uno scopo serio, un proposito meritevole di essere valutato dai tribunali, sono, secondo l'avviso mio, comparabili alla scrittura privata per l'effetto dell'art. 282.

4. *Ricognizione* o *verificazione del testamento olografo.* Noi abbiamo ora il *testamento olografo* (art. 773 del Codice civile).

« Que les testaments olographes soient sou« mis, comme tous les actes privés, à être vé« rifiés en justice, c'est une question qui n'est « plus susceptible de doute » disse il CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 799. È ciò che appartiene principalmente al nostro argomento. Il testamento olografo deve essere depositato *presso un notaio del luogo in cui si è aperta la successione, alla presenza del pretore del mandamento e di due testimonii.* La carta *è vidimata in ciascun mezzo foglio dai due testimonii, dal pretore e dal notaio; si stenderà processo verbale*, ecc. (art. 912 del Codice civile). Tutto ciò serve a provare l'autenticità della consegna, lo stato dell'atto, la sua identità, la sua conservazione: non prova la verità del carattere; il carattere, la firma del testatore può essere impugnata; la verificazione può essere richiesta o diventar necessaria. Il testamento olografo nel nostro novello ordinamento viene assicurato con formalità in parte diverse da quelle dell'art. 1007 del Codice civile francese; posto però sotto il controllo delle stesse autorità, con intento ed effetto non dissimile. Nonostante la carta rimane esposta alla impugnazione del carattere: che è nello stesso tempo una garantia e un difetto dei testamenti olografi.

La fiera disputa che si è fatta in Francia rapporto *alla spesa della verificazione*, racchiude una controversia d'ordine più elevato; concerne il diritto della prova. *All'erede testamentario o all'erede legittimo l'obbligo e la spesa della verificazione?* Ecco la questione in due parole. CARRÉ, sull'art. 193, qu. 799; PIGEAU, *Comment.*, t. 1, pag. 423; THOMINE, MERLIN, e sopra tutti BONCENNE, sostengono il diritto dell'erede legittimo in mezzo ad una giurisprudenza fluttuante ed incerta. Cos'è questo diritto? Quello di caricare la prova della verificazione all'erede testamentario che dovrà per conseguenza sostenerne la spesa. Una decisione della Corte di Colmar aveva detto spettare all'erede testamentario di procedere alla verificazione e fornire le scritture di confronto. « La décision de la Cour de Colmar (aggiunse « il CARRÉ) est la seule que l'on doive suivre, « pour la raison que la loi ne fait aucune dis« tinction entre les différents actes privés, et « qu'il n'existe aucune disposition *qui fasse* « *sortir le testament olographe de cette classe,* « *même lorsque le dépôt eut été ordonné par* « *le président.* Le président, en effet, n'ajoute « aucun caractère d'authenticité à l'acte; il « ne fait que constater l'existence de cet acte, « en assurer la conservation, la garantie, les « effets, en cas que l'acte soit véritablement « émané de celui dont il porte la signature, « question sur laquelle il ne statue et ne pré« juge rien. » Sono decisamente contrarii a questo proposto MERLIN, TOULLIER, DURANTON, CHAUVEAU, ed altri. Quest'ultimo dedica alla questione alcune pagine piene di fuoco e di forti argomenti (quest. 799 del CARRÉ). Il principale si è che l'erede testamentario

deve già trovarsi in possesso della eredità per le disposizioni del Codice; e ne conseguita che esso non avrà punto bisogno di farsi attore in un giudizio di verificazione. « Jamais le légataire universel envoyé en possession, lorsque « il n'y a pas d'héritier à réserve, ne peut être « demandeur. » L'erede legittimo invece dovrà bene occuparsi della prova escludente la veracità del testamento, se vorrà riuscire nel suo tentativo di cacciar fuori di seggio l'erede nominato che ha preso il suo posto, e si trova in virtù del suo possesso investito di tutte le azioni ereditarie. L'erede legittimo insomma che impugna il testamento è attore in giudizio per effetto della prova: *ei incumbit onus probandi.*

Questa opinione ha una base giusta e ferma *nel possesso;* quando si tratta di prova il benefico *melior est conditio possidentis*, fa sentire tutta l'efficacia; l'idea della permanenza e della durata si associa a questo fatto a cui risponde un gran bisogno sociale, mentre nella stabilità relativa dei possessi legittimi riposa un dei fondamenti del convivere giuridico.

Tutto ciò suppone nell'erede testamentario il possesso coi vantaggi che lo accompagnano, coi diritti che gli sono annessi. Osserviamo come ciò avvenga; e ancora in qual caso il possesso rimanga come a dire ottenebrato e imperfetto, e quali conseguenze adduca negli ordini della procedura: esame dal quale non posso dispensarmi per quanto io venga sorpassando gli usati confini.

Il Codice civile francese considera la posizione *du légataire universel*, che non è altro che l'erede testamentario, in due diversi aspetti. Esistendo successori legittimi, ai quali la legge francese mantiene il nome di eredi, quelli cioè ai quali appartiene la parte indisponibile della successione, il possesso *totius rei hæreditariæ* si trasmette ad essi *ipso jure;* e il legatario universale è costretto richiedere da essi il possesso della parte disposta a favor suo. Se dentro l'anno dalla morte del testatore egli ne chiegga *il rilascio*, i frutti dell'eredità testata sono a lui devoluti dal giorno appunto della morte; se *post annum*, dal giorno soltanto della domanda (art. 1004, 1005 del Codice civile francese). Ove poi eredi legittimi non ci fossero, l'immediato possesso dell'eredità passa *ipso jure* all'erede testamentario.

La teoria ha dovuto risentirsi di queste diverse contingenze. *Semplice portatore di un testamento olografo*, userò la frase del CHAUVEAU, e così diremo di qualunque *légataire universel* a possesso non ancora ottenuto, *son acte ne lui fournissant aucun moyen d'exécution, il jouera le rôle du demandeur, et il devra prouver:* ma s'egli si trova già in possesso, *sa position sera inexpugnable jusqu'à la preuve de la fausseté de son titre, qui toutefois pourra être détruit par une simple procédure en vérification.* Lasciamo questi principii del CHAUVEAU che sono anche i nostri, e veniamo alla disposizione del nuovo Codice italiano.

Ci si presenta con un carattere di generalità l'articolo 925: « Il possesso dei beni del « defunto *passa di diritto nella persona del-* « *l'erede senza bisogno di materiale appren-* « *sione* ». E l'epigrafe del Capo dichiara *essere disposizione comune alle successioni legittime e testamentarie.*

Non sarà per altro senza difficoltà conciliare questo articolo colle forme preliminari e necessariamente sospensive del possesso legale, dettate negli articoli 912, 913, 914 e 915, quanto ai testamenti olografi e ai testamenti di forma segreta. Parlando solo dei primi, è certo che il testamento olografo finchè giace fra le carte del defunto, non è consegnato al notaio e non ha subito le formalità tutte degli articoli 912, 913, *non avrà esecuzione*, secondo la spiegazione che viene porgendo l'art. 914, nè può esser altrimenti. A rigore di termini prima d'allora non c'era un testamento, non c'era un erede testamentario a cui per ministero di legge potesse trasmettersi un diritto di possesso. Come siano per conciliarsi quei varii dettati, sarà compito degli espositori del Codice civile: io non posso occuparmene. Al mio argomento basta avvertire che vi ha di necessità un tempo nel quale il possesso dell'eredità (almeno per la parte disponibile e disposta nel testamento olografo) pende sospeso: quel tempo potrebbe anch'esser lungo e molto lungo; ci sono dei testamenti olografi, non consegnati in vita dal testatore al notaio, che si discoprono per caso fortuito in un momento qualunque, e fanno brillare improvvisamente un'eredità, come un sogno, agli occhi di chi non vi aveva posta veruna speranza.

In quest'ultima ipotesi l'erede legittimo si troverà in pieno possesso, nel possesso effettivo ed utile, e sarà allora che l'erede chiamato dal testamento olografo sarà costretto a farsi attore; e non potrà rivestirlo colle forme preliminari che innalzano quel foglio scritto al valore di testamento nei modi contrassegnati dai citati articoli. Egli sarà costretto dalla sua posizione e da quella dell'erede legittimo a domandare in giudizio il possesso e produrre la carta testamentaria, che, contraddetta, dovrà subire l'esperimento della verifi-

cazione, e il pretendente dovrà assumerne il peso e la risponsabilità. Colla teoria già posta, questo caso diventa semplice. Più meritevole di attenzione è quello di un testamento olografo già conosciuto, presentato immediatamente alle autorità, forse anche consegnato al notaio prima della morte del testatore, secondo la previdenza dell'articolo 913;

E qui due quesiti possono farsi: 1° quomodo judicandum *nel necessario intervallo che deve scorrere fra la morte del testatore e il compimento delle prescritte formalità?* 2° in quale condizione si troverà l'erede testamentario in ordine alla prova, *verificandosi le cautele e le restrizioni portate dall'articolo* 914? Bisogna ritenere che la esistenza di un testamento impedisca all'erede legittimo il possesso che la legge pure gli accorda di diritto, malgrado la generalità e la naturale virtù di questa clausola, malgrado l'erede legittimo non abbia mestieri di preparare al suo possesso prova di sorta alcuna. Se non fosse così, mai e poi mai l'erede testamentario, che ha bisogno di corredar l'atto di formalità indispensabili dopo la morte del testatore, potrebbe ottenere dal canto suo il possesso di diritto dell'eredità, e e l'articolo 925 sarebbe come non scritto per lui. Di fatti il possesso *de jure*, indipendente da condizioni, si trasmetterebbe immediatamente *et ictu fulminis*, come suol dirsi, agli eredi legittimi, specialmente se naturali continuatori del dominio del defunto, quali sarebbero i figli: e il possessoro del testamento dovrebbe sempre fare una lite per mandar fuori i suoi avversarii che acquistarono già il possesso inscii e dormendo. No, questo non può essere. Vero è bensì che il testamentario, nei due casi della Sezione VIII di questo Titolo II del Libro III, non potrà esercitare in fatto azioni di possesso se prima non possiede un testamento in forma provante, ma potrà allegare una specie di possesso virtuale derivante da un titolo abile, perfettibile, benchè non ancora perfetto, congiunto all'animo di possedere, onde sarà in grado di respingere *jure exceptionis* gli atti di possesso dell'erede legittimo escluso dalla vocazione del testatore.

Permettetemi di non andar più oltre in un tema che, a volerlo esaurire, richiederebbe ben lungo esame, e veniamo all'altro quesito.

L'articolo 914 del Codice civile sembra porre un limite, una barriera al possesso del testamentario, ove dice: « Adempite le formalità « stabilite dai due precedenti articoli, il testa- « mento olografo avrà la sua esecuzione, *salvi* « *i provvedimenti conservativi che l'autorità* « *giudiziaria davanti la quale fosse impugnato* « *il testamento, o il pretore nell'atto di depo-* « *sito in via d'urgenza, credesse di fare a cau-* « *tela degli interessati* ».

I provvedimenti conservativi di cui qui si favella sono relativi *alla esecuzione del testamento*. Ciò è chiaro e letterale. Vi sono dunque nei casi nei quali la impugnativa sorge contemporanea alla tradizione iniziale del testamento olografo, in vista della quale *l'autorità avanti la quale viene proposta*, sia il tribunale contenzioso, *sia lo stesso pretore nell'atto del deposito*, può prendere delle misure cautatorie.

In tale stato di cose *i provvedimenti* che l'autorità può ordinare, *anche in via d'urgenza*, possono esser di maniera da menomare d'assai il fatto e la utilità del possesso; per esempio destinando un depositario, un amministratore, quando le opposizioni fatte al chirografo siano veramente serie e gravi; quando si tratti di cose facili a smarrirsi o a trafugarsi: carte originali importantissime, valori in pecunia o in effetti preziosi; e può stendersi, io credo, la indefinita podestà del giudice anche ad ordinare il deposito o sequestro della intera sostanza.

In queste due evenienze pertanto: *a) di pronta e immediata impugnativa; b) di possesso così vincolato*, e in conclusione imperfetto e più o meno difettivo di reale efficienza, quale sarà la condizione dell'erede testamentario rimpetto alla prova? Potrà egli dire di esser fondato nel testamento per respinger la prova, per imporre la prova contraria all'impugnante, o piuttosto sarà egli obbligato a fornir quella della verità e continuità del carattere del chirografo (articoli 775 del Codice civile), incaricandosi, a propria spesa e rischio, della verificazione?

Ecco la questione nei termini più stretti e difficili. Azzarderò la mia soluzione.

Il testamento olografo quando è stato ricevuto dal notaio e dall'autorità giudiziaria, e con ciò divenuto autentico quanto alla sua forma di testamento, costituisce a favore dell'istituito un documento sufficiente per far ricadere sulla parte impugnante l'obbligo di provare la sua impugnazione. Ciò bisogna ritenere per non rendere pressochè illusorio il favore attribuito dalla nuova legge al testamento olografo, e per dare ancora il debito peso all'autenticità che ha acquistata. Vero è bensì che *la fede* giuridica derivante da tale autenticità non riguarda che *la esistenza formale del testamento*, e non il suo intrinseco valore, in quanto deve constare della indeclinabile solennità del prefato articolo 775: ma *la presunzione di verità e di validità*, in tale condizione di cose, non

può esser negata all'atto. E il possesso? non abbiamo noi veduto che in qualche eventualità il giudice può caricarlo di vincoli e di cautele, e quasi ridurlo a un nome? E una impugnativa immediata e precedente la stessa autenticazione dell'atto non avrà la forza di paralizzarne la efficacia, sicchè il portatore del testamento sia obbligato a farsi attore ed a provare? Rispondo: che il possesso di cui si deve principalmente tener conto è il possesso dell'atto come testamento avente quei requisiti estrinseci che sono necessarii onde la legge lo riconosca per tale; che un possesso di beni anche vincolato, crea una situazione *ostativa al possesso dell'erede legittimo, e dà esecuzione all'atto testamentario*, limitata finchè si vuole, ma bastante a riconoscere la sua forza legale. Che se la impugnativa, eziandio immediata, non ha impedito all'atto il suggello dell'autenticità, vano sarebbe il volervi attribuire una importanza maggiore di quella che potrebbe avere un'impugnativa posteriore.

3. *Sul capoverso dell'articolo. Se il convenuto riconosce la scrittura*, il che significa, se non costringe l'attore al dispendioso giudizio della verificazione (*V.* articolo seguente), è giusto che l'attore che volle cautelarsi, *caveat de proprio*. Nel caso inverso si troverà pur giusto che il convenuto soccombente rifonda le spese.

Articolo 283.

Quando la parte contro cui la scrittura è prodotta non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia.

Se comparisca e non risponda, o, rispondendo, non neghi la scrittura specificatamente o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, la scrittura si ha ugualmente per riconosciuta.

Annotazioni.

1. Ciò che più colpisce alla lettura di questo articolo è il vario modo di ricognizione tacita, preordinato nell'evidente scopo di tor via gli equivoci, i sotterfugi, le false parate a dir così, imponendo alla difesa una condotta franca e positiva. Quest'articolo è spiegazione e commento all'articolo 1321 del Codice civile, che in vero ne aveva bisogno. Dalle parole « quegli contro cui si produce un atto privato « *è tenuto a riconoscere* o *negare formalmente* « *il proprio carattere* o *la propria sottoscri-* « *zione* », poteva dedursi di leggieri che non si trattasse già *di esercitare un diritto* per parte di colui ai danni del quale si produceva uno scritto privato in giudizio, ma di adempiere un obbligo che gli fosse imposto.

L'articolo 283 della procedura porta su quell'oscuro dettato un sufficiente grado di luce, senza ricusare però come inutile l'ufficio del glossografo.

Si rileva che il convenuto (lo chiameremo così quantunque talvolta si trovi in questa condizione anche l'attore contro cui sia prodotta una scrittura), si rileva, dissi, che il convenuto: 1° *non è mai tenuto a riconoscere la scrittura*, ma piuttosto ch'egli rinunzia implicitamente alla impugnativa col suo contegno d'astensione, che la legge ha bene qualificato come accettazione dell'atto; 2° che invece volendo quella sua facoltà con effetto esercitare, *deve farlo nel modo prescritto*, cioè *negando la scrittura specificatamente:* e vuol dire negandola formalmente, espressamente, in conclusione apposita, e dichiarando se l'impugnativa cada sull'intero corpo dello scritto, o sulla sottoscrizione, o anche su parte dello scritto medesimo. La obbligazione adunque del convenuto è soltanto circa il modo o forma della impugnazione.

La specificazione è prudentemente avvisata dalla legge, per non lasciar dubbiezze e descriver campo ben definito all'opera della verificazione.

L'articolo 1321 del Codice civile è anche poco esatto là dove dice che è tenuto a negare, ecc. *il proprio carattere* o *la propria sottoscrizione*. Chi nega *la propria sottoscrizione*, nega *il proprio carattere* altresì, tuttavia nel suo concetto è più esplicito del presente articolo, se pure nella formola *specificatamente* non voglia intendersi compreso anche questo bisogno di determinate impugnative. (Una impugnativa meno esatta potrebb'esser corretta per ordine del giudice.) Generalmente chi *nega la propria sottoscrizione*, nega tutto l'atto, nondimeno havvi qualche specialità meritevole di essere ricordata.

È superfluo il dire che qui non si tratta d'altra impugnativa fuor quella del carattere, vuoi del corpo intero dello scritto o della firma

soltanto, salvo rimanendo alle indefinite serie delle eccezioni combatterne l'efficacia giuridica. Avviene talora che senza negare la sottoscrizione, si nega il carattere del corpo dell'atto, o anche di una sola parte di esso; eccezione che, riuscendo, ha virtù di atterrare e mandare in nulla o la convenzione o la disposizione.

Eccone due casi, se non i soli, i più notevoli per certo.

Il primo si rannoda all'articolo 1325 del Codice civile. Un chirografo (così propriamente detto, Leg. 47 § ult. de pact.; Leg. 41 § ult. de usuris), un chirografo, o epistola obbligatoria, che la nostra legge chiama *polizza* o *promessa*, colla quale una parte sola si obbliga verso l'altra che non interviene ad accettare, *dev'essere scritta per intiero di mano del soscrittore*, o per lo meno alla firma deve aggiungersi di propria mano *buono ed approvato*, *indicante in lettere per disteso la somma o quantità della cosa* (disposizione però che non si applica alle materie commerciali). Negare nel primo caso anche una parte della propria scrittura, negarla nel secondo in qualcuna delle formole che devono accompagnare la sottoscrizione, è negar tutto l'atto.

Non altrimenti è a dire pel testamento olografo del quale è solennità essenziale la *scritturazione intera* di mano del testatore (articolo 775 del Codice civile).

2. *Sulla ricognizione dedotta dallo stato di contumacia.* È cosa evidente e ammessa da tutti gli autori (LOCRÉ, t. XXI, pag. 443; CARRÉ, quest. 802; DELAPORTE, ecc.) che la opposizione e la successiva regolare comparsa del contumace dilegua quella presunta ricognizione che derivava dalla stessa sua contumacia, alla condizione però che nell'atto di opposizione, o prima di deliberare sul merito, adduca la sua impugnativa nel modo prescritto.

È inutile il domandare se il tribunale possa dichiarare riconosciuta la scrittura senza prendere in qualche modo cognizione della intrinseca veracità dell'atto (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 800 ter.; PIGEAU, *Comment.*, t. I, p. 436). Quand'anche il giudizio non avesse altro scopo che la interpellazione sulla verità materiale della scrittura, il contumace appunto perchè tale, appunto perchè non è comparso per negare l'interpellazione, si reputa averla riconosciuta, salvo l'impugnarla più avanti, come avvertii, in regolare opposizione.

3. **Questione.** — *a) Se alcuno persista nella contumacia ed altro dei convenuti sia comparso, negando costui la verità della scrittura, giova forse anche al contumace sicchè la disposizione del presente articolo rimanga a profitto di esso contumace inapplicabile?* È d'uopo indagare se l'atto medesimo, quantunque unico, possa aver valore ed efficacia di prova rispetto ad alcuno dei litiganti e non rispetto ad altri. Supponiamo che stando tre convenuti in giudizio, due riconoscano la scrittura come vera, e dal terzo sia negata; supponiamo che dal processo verificativo risulti che la scrittura non è vera; potrà la scrittura non esser vera per uno dei litiganti, e vera per gli altri due, e per conseguenza potrà il giudice sullo stesso documento e nello stesso oggetto di lite il primo assolvere e gli altri condannare?

Si dirà in favore di questa tesi che la impugnazione ha un evidente carattere di subbiettività e di relatività; che in giudizio civile si può rinunciare anche ai diritti che si hanno; che la scrittura sarà o non sarà vera, ma chi l'accetta per vera si sobbarca volontario alle conseguenze della sua accettazione; potrà fors'anche avere dei motivi che a noi non appariscono; sicuro in coscienza di essersi obbligato, benchè sappia che la scrittura non fu firmata proprio da lui, e lo fu per avventura da un suo incaricato, ripugna all'animo suo di negare la scrittura: la riconosce ed accetta.

Lasciate per brevità le dispute che si potrebbero fare, ogni uomo dovrà convincersi che le ultime riflessioni sono di una aggiustatezza incontestabile: sono principii solidi di ragione giudiziaria.

Tuttavia io porrei distinzione fra riconoscimento *implicito e tacito*, e riconoscimento *formale ed espresso*. Benchè questo titolo sia saggiamente governato dal principio che *tacitum id est ac expressum* per favore delle convenzioni e per rispetto di quella buona fede che deve guidare i giudizi, nondimeno, nella difficoltà del presente quesito, può venirvi a costa, e in questa specie prevalere l'altro principio *expressa nocent, non expressa non nocent*, per una ragione tutta propria. Ammetto adunque che la ricogniziono espressa, avendo virtù di confessione giudiziale, lega il confitente; e dato venga in luce, la scrittura non essere stata sottoscritta di pugno e carattere del preteso obbligato, gioverà all'impugnante, non però al confitente. Non così se la ricognizione è puramente dedotta dal silenzio. Il silenzio può far presumere la convinzione della verità: ciò basta per una norma generale. Ma la base razionale di questo fatto negativo deve cadere innanzi alla prova formale della verità contraria, innanzi alla realtà. Associandosi la parte interessata, che prima si tacque, alle risultanze di questo avvenimento, non crederei le

potesse venire opposto il suo contegno negativo e la ricognizione tacita.

Devesi qui avvertire che quando trattasi d'impugnativa, non riguardante la scritturazione dell'atto dove la legge lo esige, ma la sottoscrizione e la firma, ciascuno impugna la scrittura per conto proprio: dei tre apparenti firmatarii, uno solo la contraddice: ebbene, stabilito ch'egli non ha firmata la scrittura, resterà presuntivamente vera la firma degli altri; e la ricognizione tacita avrà tutta la sua forza quanto a loro. Ma può avvenire *che da una sola sottoscrizione scaturisca l'obbligo dei varii convenuti.* È il caso di più eredi, taluno dei quali nega di riconoscere la scrittura dell'autore mentre gli altri non negano e tacitamente la riconoscono. Trovata falsa la firma, dovrà aver luogo, secondo il mio sistema, la teoria sovra esposta, anche nell'interesse loro.

Ora veniamo al caso del contumace. È facile la soluzione. Dovendosi la giustizia fare per verità non per ludibrio di forme, poichè le forme intendono ad assicurarne il trionfo, non a soffocarla sotto il loro peso; dovendosi il contumace giudicare in verità e non in odio della sua contumacia, se la scrittura impugnata dai comparsi risulti falsa, qual giudice oserebbe condannare il contumace, solo perchè non diede segno di sè, mentre assolve i coobbligati, in un solo e identico e comune negozio?

b) Quid *se trattasi di obbligazione individua e indivisibile per natura?* (La individuità e la indivisibilità di una obbligazione sotto quanti aspetti può presentarsi, di quante modificazioni è capace! Noi prendiamo qui la indivisibilità nel suo senso più ristretto ed assoluto.) Or bene: la nostra convenzione ha per oggetto di assicurare al signor *B* la qualità di amministratore di una società, poniamo, civile. Ogni socio appare firmato su quella carta; senza questo, senza cioè il consenso di ogni associato, l'amministratore non sarebbe. Uno dei cinque apparenti firmatarii nega la propria sottoscrizione. È dimostrata falsa. Ciò basta all'esclusione dell'amministratore nominato, che non può essere e non essere amministratore di un ente unico e collettivo, quale una società. Qual effetto avrà il riconoscimento formale ed espresso, *idest* la confessione giudiziale degli altri quattro? Non potrà averne alcuno. È questo uno dei lati più trascurati della teoria della confessione giudiziale, forse per la evidenza sua. Una confessione giudiziale di questa maniera che va ad urtare contro il principio di contraddizione, deve ritenersi condizionale: se ed in quanto possa avere effetto.

c) *Chi s'intende per terzo?* Se la scrittura privata che mi è opposta è convenzione di terzi, nella quale io non sono intervenuto, non avrò bisogno, generalmente parlando, di negarla nella sua forma materiale, mi sarà indifferente, sia o no scritta o sottoscritta dal terzo. Ciò non mi riguarda: io non sono legato da quella convenzione. Tuttavia non mi è tolto di formalmente negarla, e costringere il producente alla verificazione.

Ma l'articolo non dice tutto quello che dovrebbe, secondo la sua stessa intenzione.

La scrittura non è attribuita a me, sibbene al mio *autore.* Io sono erede, o successor singolare. Quale improprietà chiamar terzi quelli che stanno fra loro in tale rapporto! Veramente e propriamente terzo, io posso passarmi della verità materiale della scrittura, mi basterà il dire che io non sono obbligato dal fatto altrui; e in tema specialmente di scrittura privata mi basterà invocare il presidio dell'articolo 1320 del Codice civile. Ma il fatto dell'*autore* mi obbliga: è il fatto mio nel punto di vista giuridico. Non però nell'ordine materiale; la mia mano non ha vergata quella carta: io non nego, perchè forse nol potrei, *ma ho diritto d'ignorare* — non riconosco. — E la questione non è di parole. Questa formola recisamente negativa mi dispensa da ogni *specificazione:* condizione imposta alla diretta negazione dell'atto.

Che manca adunque nel testo di questo articolo? Manca una parola necessaria — la parola *autori* che si riscontrava nella Relazione PISANELLI. « L'interpellato a riconoscere (la « scrittura) o a negarla, è tenuto a rispondere; « egli deve dichiarare, *anche per organo del « suo procuratore* (giova notarlo), se ammette « o nega la verità della scrittura *a lui* attri« buita; o se non è in grado di riconoscere « quella del suo AUTORE o di un TERZO. » Noto che la interpellazione espressa non è necessaria, poichè colla sola produzione della scrittura in un giudizio che non abbia per oggetto diretto e principale la ricognizione della scrittura, il convenuto *habetur pro interpellato.* Pertanto la nostra condizione di terzi si pareggia a quella degli *aventi causa*, in quanto possiamo spedirci col facile *non nosco hominem*, lasciando alla contraria parte il peso della verificazione.

A mostrare ulteriormente che non è un disputar di parole, fate quest'altra avvertenza. Chi è in diritto di *non riconoscere* la scrittura, a prova fatta, non incorre nelle gravi penalità dell'art. 295.

d) *Vi è forse un termine entro il quale si deve impugnare la scrittura nei modi designati da questo articolo?* La legge non ne prescrive

alcuno; nè tampoco dichiara letteralmente che la difesa fatta nel merito pregiudichi al diritto di negare la scrittura. Che la confessione giudiziale frapponga all'esercizio di questo diritto un ostacolo insuperabile, è indubitato. Ma oltre la confessione giudiziale propriamente detta, conformata alle prescrizioni dell'articolo 1356 del Codice civile, ha pure forza ostativa *il contratto giudiziale*, che si compone di quegli atti di offesa e difesa delle due parti, che, discordanti nel fine, concordano o nelle forme o nei mezzi della trattazione, in qualche punto della questione che perciò diventa irretrattabile. Se le parti spiegarono i loro argomenti sugli effetti giuridici della scrittura, senza riserva, senza opporre la insufficienza materiale dell'atto, così implicitamente riconosciuto, indarno si farebbe ricorso a una tarda e poco leale impugnativa.

Ma per avventura anche più severo è l'articolo 283. Nondimeno, essendochè la sua redazione è una delle meno perfette, il critico sottile trova qui pure una menda non lieve.

Se il convenuto *rispondendo non nega la scrittura*, la sentenza è data: *se nella prima sua conclusione* delibera sul merito o porge altre eccezioni (che non siano d'incompetenza), e non neghi *formalmente* la *scrittura*, la scrittura è riconosciuta. Ma *se comparisce* (cioè se non si rende contumace) *e non risponde*, la scrittura, dicesi, è del pari riconosciuta. Sta bene. Ne segue chiaramente che, malgrado il continuato silenzio del convenuto, il giudice ha per riconosciuta la scrittura, e su questa base decide. Ma se rimasto silenzioso sino ad un certo tratto della causa, il convenuto si risolve a parlare, e la sua prima voce è del *negare formalmente la scrittura*, non potrà forse essere ascoltato? O in altro modo, sarà egli decaduto da questo diritto se *nella prima conclusione*, ossia *nel primo termine che gli è assegnato a rispondere*, non avrà impugnata la scrittura? È ciò che la legge non dice, ed è ciò che non può ritenersi.

Articolo 284.

Quando si debba procedere alla verificazione della scrittura, la parte che ne fa domanda deve proporne la prova con documenti, o col giudizio di periti, o per mezzo di testimoni, e depositare la scrittura nella cancelleria, dove rimane sino al termine della procedura.

La prova testimoniale non è ammessa che congiuntamente alla perizia, salvo che questa sia impossibile per difetto di scritture di comparazione.

L'ordinanza o la sentenza, che ordina la verificazione della scrittura, delega un giudice per procedere alla relativa istruzione.

Annotazioni.

1. Mettiamo a libro le prime parole — *quando si debba procedere alla verificazione*. Osserviamo che l'art. 376 dell'ultimo Codice sardo tenne questa locuzione — *si fa luogo alla verificazione quando, ecc.*, e cerchiamo la ragione del cangiamento. Per esso si avvalora la massima, già accettata dalla giurisprudenza, che il giudice può prescindere dal lungo e dispendioso processo di verificazione, se col giudizio dei proprii occhi e del proprio criterio può assicurarsi del vero. È una estimativa che dipende dal criterio del giudice. La legge di procedura ha pure modificata, o temperata, se si vuol dir così, la rigidezza dell'art. 1322, che diceva senz'altro — *quando la parte nega, ecc., se ne ordina la verificazione giudiziale*. In molti casi il più semplice confronto di una firma certa con quella impugnata ci porta nello spirito una convinzione piena: non oltrepassa il confine delle sue attribuzioni il giudice che esercita immediatamente, anzichè dopo un lungo e superfluo esperimento, la sua facoltà di perito supremo. Si ponga ben mente che la mia proposizione non vuol esser troppo generalizzata, e che io non faccio che adattarla al caso presente, secondo la dottrina del PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 427; THOMINE, t. I, p. 55, 56; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 803 ter, e di tanti altri. Abbiasi pure avvertenza che se il tribunale crede potersi dispensare dalla verificazione, non può farlo senza motivare la ragione che ve lo indusse, quale conseguenza dell'esame che vi ha portato.

La sopraddetta formola *dal volere estimatico* del giudice si estende *all'obbligo che gli impone il diritto* di non ordinare prove inutili: prove che sarebbero anzi in contraddizione e in violazione dello stesso diritto. Percorrendo

questa materia sotto diversi aspetti, nello studio dei due precedenti articoli sono venuto notando i varii subbietti scritturali suscettivi di verificazione, nè altro aggiungo. Se non che in quelli io ricercai più presto le condizioni del soggetto verificabile in relazione al merito e ragione della prova che in ordine alle disposizioni di diritto. La situazione è delicata e non facile il tema, e debbo spendervi ancora alcune parole.

Se si oppone al giudizio di verificazione una eccezione di nullità, il PIGEAU introdusse la solita distinzione fra nullità assoluta e d'ordine pubblico e nullità relativa; e disse che rispetto alla prima corre al giudice un dovere imprescindibile di rigettarla; rispetto all'altra, la verificazione potersi ordinare, salvo alla Corte occuparsi della nullità dopo il processo verificatorio (*Comm.*, t. I, p. 427). Quest'ultima opinione non deve seguirsi, secondo DALLOZ, THOMINE, CHAUVEAU, e come decise qualche Corte. Ed assai bene, io penso. In prima non è cosa agevole venir separando in questa materia le eccezioni che interessano o non interessano l'ordine pubblico: teoria che accostata alla pratica produrrebbe più questioni che non fosse atta a troncarne. Si vuol provare una donazione e si presenta alla verificazione una scrittura privata? Osta una legge precisa (articolo 1056 del Codice civile), che sarebbe inevitabilmente violata dal giudice che ammettesse la verificazione. Si oppone la prescrizione? Potete dar passo alla prova, direbbe PIGEAU, perchè una tale eccezione non è propriamente d'ordine pubblico, salvo il dedurla e giudicarne di poi. L'una non è d'ordine pubblico più che l'altra: materia che non posso ora qui vedere dal lato teorico, ma verrà luogo, io credo, nel corso di questo commento ove lo dovrò. Intanto si trova abbastanza assurdo che una eccezione formale di prescrizione, o di novazione, o di rinunzia, o d'incapacità obbligatoria, e via discorrendo, si debba lasciare sospesa accordando la verificazione e non piuttosto esaminare preliminarmente la perentoria eccezione e deciderla. È un potere di cui è *de jure* investito il tribunale della verificazione, ed egli deve farne uso risolutamente anche nello scopo di provvedere alla economia e brevità dei giudizi. È chiaro che la cognizione appartiene al tribunale, non al giudice delegato che a lui rinvia la causa.

2. *Dei mezzi proponibili alla verificazione, dell'ordine di essi, e della loro efficacia rispettiva.* Alla parte la scelta, e così da lei dipende il dar opera ai varii modi della verificazione secondo le esigenze della prova stessa. Al seguente articolo daremo ceuno se almeno sia facoltativo al giudice ordinare la prova per periti.

La legge non si oppone al simultaneo proposto dei mezzi: l'attore può sentirne il bisogno. Il magistrato però saprà distribuire questa forza così accumulata sotto la sua mano dalla impazienza dell'attore.

L'articolo non fornisce che una sola norma; che *la prova testimoniale vada congiunta alla perizia*, se è possibile. Pare indizio di diffidenza della prova testimoniale, o forse giudizio della poca idoneità di questo mezzo a verificare una scrittura. Nell'ordine dei mezzi sarebbe il meno abile. Tuttavia una dottrina che io trovo giusta in massima varierebbe alquanto da questo concetto meramente deduttivo. « On ne peut dire que dans le conflit de « divers genres de preuve, et dans l'incerti- « tude qui pourrait en résulter, il est du devoir « du juge *de donner la préférence à la preuve « résultante des titres par laquelle aurait for- « mellement reconnu l'écrit ou fait de conven- « tions qui en supposeraient l'existence; qu'il « doit ensuite avoir égard aux déclarations po- « sitives des témoins*, sur des faits relatifs à la « confection de l'acte *de préférence aux apu- « rements donnés par des experts*, après com- « paration de l'écriture. Cette dernière preuve « est, de toutes quelles qui sont admises en « justice, la plus conjecturale » (CARRÉ, t. II, pag. 316, nota). La gradazione è approvata dalla critica; guardiamoci però dall'incatenare colla teoria il potere discrezionario del giudice, lasciamogli la libertà che gli conviene: sarà meglio, poichè al valore abituale della prova non sempre corrisponde la sua attitudine al caso pratico. « Lorsque la législa- « tion admet trois genres de preuve (diceva il « PERRIN), il laisse à la conscience du juge, « éclairé par la réflexion et le recueillement, « à prononcer sur les résultats. »

Ciò basti: noi supponiamo qui l'ammissibilità di ognuno di codesti mezzi di prova in qualunque caso: all'articolo 294 vedremo se possa incontrare difficoltà l'adozione assoluta della prova testimoniale.

3. L'ordinanza (del presidente), o la sentenza *che ordina la verificazione*, non dovrà eziandio prescrivere in genere l'istrumento della prova? Se coll'opera di periti o di testimonii, ovvero col concorso simultaneo o successivo di codesti mezzi? Il potere del giudice delegato (che può anche non appartenere al collegio giudicante articolo 208) è bensì indefinito e in certa guisa illimitato, perchè discrezionale, *in tutto ciò che spetta alla esecuzione*, ma non può

egli al certo decretare il sistema della prova che involve un rapporto di attitudine e di convenienza colle ragioni intrinseche della causa. Adunque la ordinanza se la cosa procede *de plano* e senza contestazione, o la sentenza del tribunale detterà questa norma primaria, lasciando il resto alla veggenza dell'istruttore.

Articolo 285.

Quando si proceda alla verificazione per mezzo di periti, il giudice nomina d'ufficio i periti, e designa le scritture di comparazione, se le parti non siansi accordate, e stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui dovrà aver luogo la presentazione della scrittura, e la perizia.

Nel caso di ricusazione dei periti, si procede nel modo stabilito dal paragrafo 4 di questa sezione.

Annotazioni.

1. *L'accordo delle parti*, tanto è per *le scritture di comparazione*, quanto per *le persone dei periti*, con applicazione del capoverso dell'articolo 253.

2. Qui non si parla che di *periti*: non potrà deputarsi un solo perito? Anche un solo, io credo: havvi operazioni ben semplici: nè potrebbe così derogarsi al principio dell'articolo 253. È pure in me l'opinione che nominati tre periti dal tribunale, le parti possano concordarsi in un solo.

Ciò appare molto ovvio, eppure non passa senza contrasto. Dirò anzi che ben pochi sentono così; fra questi è il PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, pag. 429; e stanno avversi THOMINE, CHAUVEAU, BONCENNE, ed altri molti.

Quanto alla ragione generale allegano il grave compito di una perizia di questo genere; il bisogno di un concorso di pareri per supplire alle scarse garantie che presenta una perizia calligrafica. E intanto siamo ammoniti a non attinger troppo sicuramente le nostre norme dal regolamento delle perizie comuni, trattandosi di una operazione molto speciale. Quanto al diritto positivo la procedura francese porge un testo ben esplicito, che dice: « Le jugement qui autorisera la vérification « ordonnera *qu'elle sera faite par trois experts*, « *et les nommera d'office* (articolo 196). Nello stesso preciso tenore era l'art. 290 della fu procedura siciliana, e il 382 dell'ultimo Codice sardo.

Io non so se quei legislatori adottassero la dizione francese per un maturo esame che ne avessero fatto: ma quando si cangia tuono, allora è certo che un proposito si ha. L'articolo 285 non ripete l'ordinamento dei *tre* periti: invece *il giudice nomina d'ufficio i periti*. Se il legislatore avesse voluto mantenere la disposizione, non avrebbe mutata una espressione evidente in una per lo meno equivoca. Posta così la questione a fronte di un testo suscettivo d'interpretazione, le regole generali, d'altra parte così ragionevoli e saggie, ripiglieranno la loro forza. *L'oggetto è speciale* senza dubbio, ma i contrarii dovrebbero dimostrare altresì che la specialità dell'oggetto influisce sull'applicazione del mezzo probatorio: e in ciò vanno errati. Il § 4 di questo Capo procedendo in modo generale, abbraccia ogni tema più arduo e più difficile, perchè non ne esclude alcuno; eppure la nomina *di tre periti* non è mai necessaria; e in niun caso è tolto alle parti concordi, mentre esercitano in tempo il loro diritto, designare alla controversia loro un solo perito. Rammentate che il giudice non è tenuto nemmanco a tirarsi dietro un perito, e può giudicare coi proprii occhi della verità o sostituzione di un carattere se chiaramente si scorga (*Esposizione* del precedente articolo). Perchè adunque a lieve dubbio che gli rimanga, in cosa d'altronde apparente e molto semplice, non potrà stimare che basti un solo perito? L'arte calligrafica ha pure i suoi lemmi e criterii fondati nella esperienza e in quella, a dir così, fisonomia del carattere che senza sforzo non può mutarsi; e se non ne avesse, non saprei perchè dovesse invocarsi a lume dei giudicanti, e come la virtù dimostrativa che manca a quest'arte potesse acquistarsi dal numero.

3. Il giudice delegato all'istruzione del processo di verificazione lo è pure *al processo di ricusa del perito* o *periti?* Bisogna avvertire che la ricusazione è ammessa per *sentenza*, come per sentenza può essere esclusa (articolo 257): è quindi attribuzione del collegio. All'atto regolare di ricusazione il delegato dovrà sospendere le operazioni della verifica; esaurito il processo di ricusazione, regolato in tutt'altra forma, ripiglierà l'uffizio suo.

Digitized by Google

Articolo 286.

Quando le parti non si accordino sulle scritture che devono servire di comparazione, il giudice può ammettere soltanto

1° Le firme apposte ad atti seguiti davanti notaro o altro uffiziale pubblico;

2° Le carte che quegli, la cui scrittura devesi verificare, abbia scritte o firmate in qualità di uffiziale pubblico;

3° Le scritture o firme private riconosciute dalla persona cui si attribuisce la scrittura da verificarsi, ma non quelle che siano da essa negate o non riconosciute, quantunque state precedentemente verificate o dichiarate come sue proprie;

4° La parte riconosciuta o non negata della scrittura medesima da verificarsi.

Annotazioni.

1. *Sulla procedura.* E qui pure ci appare il fenomeno altre volte da noi segnalato d'una procedura, per dir così, lasciata in bianco alla cura del buon causidico. *La scrittura è depositata in cancelleria, ove rimane sino al termine della procedura* (art. 284). Ottimamente: ma l'articolo 377 della cessata ordinava: *Del deposito si farà constare con processo verbale firmato dal deponente e dal segretario, il quale accerterà in esso lo stato della scrittura. Si apporranno pure le firme del deponente e del segretario ad ogni pagina della scrittura.* Non è forse necessario tutto questo, non è rigorosamente indispensabile?

Nell'articolo 378 era posto obbligo all'attore *di notificare entro cinque giorni successivi alla parte contraria il deposito nella segreteria, l'accertamento dello stato della medesima fattone dal segretario, non che il provvedimento portante nomina del giudice commesso.* Era in questo atto che si proponeva la prova della verità della scrittura con uno dei tre mezzi statuiti; proposta che noi riferiamo all'art. 284.

Eravi pure un'altra bella disposizione nell'articolo 379. Il convenuto aveva un termine di tre giorni per esaminare la scrittura in cancelleria; *e apponeva la sua firma sulla scrittura, di che si redigeva processo verbale*, onde constatarne in modo assolutamente incontrastabile la identità.

L'articolo 380, passato il termine accordato per la ispezione della scrittura in cancelleria, ordinava la citazione dell'altra parte *per convenire sui periti da nominarsi e sui documenti che dovevano servire di confronto.* Ora se ne dà appena un cenno nel presente articolo, dal quale s'impara che *le parti possono accordarsi fra loro sulle scritture che devono servire di comparazione*, ma ogni regola è scomparsa, e si va a tentoni cercando la via.

Io non posso proporre, non posso sostenere esistenti quei regolamenti che sono aboliti colla legge nuova. Nè mi è dato di raccogliere un competente surrogato nelle disposizioni generali qui dove trattasi di modalità particolari e tutte proprie di questo processo. La pratica antica, la logica del rito che è d'ogni tempo, il bisogno assoluto di quelle o somiglianti forme salutari, regoli la nostra condotta e supplisca all'enorme lacuna del Codice.

2. Soltanto il n° 3 di quest'articolo merita spiegazione.

Fermiamo in principio che la disposizione nel suo complesso è tassativa, che non ammette equipollenti; che se i documenti di confronto non hanno le caratteristiche designate, non essendo ammissibili, non hanno il menomo valore, neppure sussidiario e illustrativo.

Scritture o *firme private riconosciute* diconsi quelle che il convenuto dichiara esser proprie *all'atto medesimo in cui vengono esibite* per la comparazione. Ma se vedutele, nega e contrasta che siano sue, *quantunque state precedentemente verificate* o *dichiarate tali*, anche in forza di sentenza e di regiudicata, non forniranno elemento legittimo di confronto. Il Boitard ha dato la seguente spiegazione ad una legge identica: « Quel est « donc le motif de cette dernière solution? « Pourquoi une pièce contestée d'abord, mais « judiciairement reconnue n'est-elle pas ad- « mise comme pièce de comparaison? *Il ne « faut voir dans cette décision que l'applica- « tion de principe de l'autorité de la chose « jugée. La chose jugée ne constitue qu'une « vérité relative.* Le jugement ne produit son « effet qu'entre les mêmes parties, agissant « dans les mêmes qualités, relativement à la « même chose, et lorsque la demande est fon- « dée sur la même chose » (*Leçons de procédure*, articolo 200). Tizio in un tempo più o meno vicino aveva impugnata la sua firma ap-

parente da un obbligo privato verso Caio che la fece verificare giudizialmente. Ora si porta fra i documenti comparativi quella carta col suggello della cosa giudicata. Non basta per le ragioni del citato autore: ragioni che mi parvero sempre un po' cavillose: ma che farci? La legge è questa. Forse c'è dentro un motivo pratico più valevole di quello astratto e teorico: il motivo di non doversi risolvere lì per lì da un giudice di autorità limitata e speciale una questione: chè tale potrebb'essere. Come si potrà in questo momento determinare se c'è o no regiudicata, se quel Tizio si difese come poteva, se fosse proprio identico l'oggetto della impugnativa, ecc. Insomma l'attuale negativa solleva una dubbiezza che annebbia quella limpida certezza di cui abbiamo bisogno; e dobbiamo guardarci dall'innestare una questione sopra l'altra. Motivi somiglianti sono addotti nella Relazione PISANELLI.

E lo stesso dubbio, lo stesso pericolo, l'austerità degli stessi principii, non faranno ugual forza, *trattandosi di segnature poste in atti autentici e che sostennero contestazione giudiziale*, per quel mezzo, s'intende, che è opportuno: cioè in un giudizio di falso? « Cette signature (mi servirò qui pure di un altro « passo di BOITARD) judiciairement déclarée « vraie par le jugement sur le faux, sera-t-elle « admise comme pièce de comparaison dans « un procès ultérieur, aux termes de l'art. 200 « (e noi diremo del n° 3 dell'art. 286?). *Non, « d'après le principe d'autorité de la chose « jugée* (e appresso i motivi da noi aggiunti). « Cette signature n'est déclarée vraie, aux « termes de l'art. 1351 du Cod. civ. (1351 del « nostro) que pour le procès dans lequel l'in- « scription de faux a eu lieu. En un mot tout « ce que j'ai dit plus haut pour justifier la dis- « position de la loi qui exclut des pièces de « comparaison les signatures des écritures « privées judiciairement reconnues après con- « testation, *s'applique aux signatures opposées « aux actes autentiques, lorsque leur sincérité, « a été précédemment contestée, quoique judi- « ciairement reconnue* ».

3. Codesti materiali raccolti, i soli legittimi, sono sottoposti alla ispezione dei periti. Se la ordinanza del giudice non si conforma alla disposizione della legge, è suscettiva di reclamo secondo l'art. 209.

Articolo 287.

Quando le scritture di comparazione siano presso depositari pubblici, ed il trasporto non ne sia vietato, il giudice delegato può ordinare che i depositari, nel giorno ed ora da lui indicati, le presentino nel luogo in cui deve farsi la verificazione, sotto pena di una multa esiendibile a lire cinquecento.

Se le scritture siano presso altre persone, queste possono essere obbligate nelle vie ordinarie a presentarle, sotto pena del risarcimento dei danni.

Se la verificazione debba eseguirsi nel luogo in cui si trovano le scritture di comparazione, il giudice vi si trasferisce, e dà i provvedimenti necessari.

Articolo 288.

Quando sia stato ordinato il trasporto delle scritture di comparazione nella cancelleria, e il depositario di esse sia un funzionario pubblico, deve questi, prima di consegnare gli originali, farne una copia, che sarà verificata sull'originale dal giudice procedente, o da un altro giudice delegato a norma dell'articolo 208; di ciò si fa processo verbale, copia del quale è annessa alle carte di cui si fa consegna.

Il depositario ripone fra le sue minute in luogo dell'originale la copia delle carte consegnate, affinchè vi resti sino alla restituzione di quello, e può, se occorra, darne altre copie, con l'obbligo di fare menzione in esse del detto processo verbale.

Il depositario è rimborsato delle spese dalla parte che ha chiesta la verificazione. Queste spese sono tassate dal giudice delegato con ordine di pagamento in margine del processo verbale.

Il provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva.

Digitized by Google

Articolo 289.

Quando le scritture di comparazione siano presentate da depositari pubblici, e la presentazione si faccia in luogo dal quale non possano essere trasportate, i depositari debbono essere presenti alla verificazione. Quindi ritirano le scritture, e, occorrendo, devono presentarle di nuovo.

Negli altri casi il giudice può ordinare che le scritture restino depositate presso il cancelliere, il quale ne rimane risponsabile. Se il depositario sia ufficiale pubblico può farne copia autentica nel modo e per l'oggetto indicato nell'articolo precedente, quantunque il luogo dove si fa la verificazione sia fuori del distretto del suo uffizio.

Annotazioni.

1. *Depositarii pubblici.* Oltre i notai, i cancellieri, i funzionarii preposti alla custodia degli atti dello stato civile, i segretarii dei municipii per gli atti del loro uffizio, ecc. (Pothier, *Della procedura civile*, p. 1, cap. 3, art. 2; Boitard, art. 201, p. *f.*; Locré, l. xxi, p. 250). *Conservatori perpetui* degli atti del loro ufficio, perciò chiamati *depositarii pubblici*. Sopra questi, appunto perchè ufficiali pubblici, si esercita direttamente e senza intermedio di forme giudiziali e di discussioni, si esercita disciplinarmente l'autorità del giudice. Sono, per così dire, militanti in quell'esercito, e devono obbedire, senz'altro, all'ordine del superiore.

L'*arresto personale* è stato tolto: la multa sino a lire 500, senza pregiudizio delle costrizioni alle quali possono essere costretti, dovrebbe bastare.

L'art. 287 accenna evidentemente a quelle scritture che sono *presso depositarii pubblici*, come tali, come custodi di quel tesoro che la fede pubblica ha consegnato nelle loro mani. Il pubblico ufficiale, preposto a questa cura gelosa, potrebbe possedere una carta considerata materia buona di confronto, a titolo semplicemente privato; ovvero se in contemplazione della sua qualità di uffiziale pubblico venne alla custodia di lui affidata, l'atto può non esser pubblico. Questa condizione di cose può produrre diversi e non conformi effetti in quanto venga applicabile al caso la prima o piuttosto la seconda parte dell'art. 287.

L'effetto, io diceva, sarebbe diverso, diverso pure il metodo da osservarsi di quanto quelle due parti dell'articolo si differenziano fra loro. Talvolta i notai fanno semplicemente atto di ricognizione delle firme (art. 1323 del Codice civile): qualche altra, per comune fiducia delle parti, conservano nel loro scrittoio carte private.

Pubblico depositario, lo ripeto, è chiamato il pubblico ufficiale o funzionario *in relazione agli atti del proprio ufficio*; di che si ha pure argomento dal seguente art. 288. Per questo solo egli è stretto verso la giustizia di un obbligo maggiore di quello di cui rispondono gli altri cittadini: depositario a titolo privato, depositario confidenziale e precario, non avrebbe che il debito comune.

Se non che l'atto può essere privato, e nonostante ritenersi nella qualità e in relazione al pubblico ufficio (ciò è detto principalmente dei notai): poniamo, la carta venne consegnata a custodia perpetua e archiviata fra i pubblici depositi, benchè non acquisti con ciò il grado di atto pubblico. Il notaio deve rispondere della presentazione come funzionario pubblico: soggiace a quelle discipline e a quella pena.

2. *Se il trasporto non sia vietato.* L'articolo 202 del Codice di procedura civile francese ebbe l'accorgimento di prevedere che in qualche caso il trasporto del documento non dovrebbe farsi, *si les pièces de comparaison ne peuvent être déplacés*. Il motivo razionale di questa eccezione è l'interesse pubblico che richiede la permanenza del documento in un luogo determinato, fors'anche perchè non è che una frazione di un tutto inseparabile. « S'il « s'agit d'opérer sur *le registre courant que* « *tiendrait un greffier, un conservateur des* « *hypothèques, un officier de l'état civil* » (Carré, note, t. ii, p. 336). È curioso l'osservare quanto la espressione esatta di questa limitazione sia riuscita difficile ai redattori dei nostri Codici. In quello del 1854 « nel caso che le carte di « confronto *non potessero essere trasportate* » (art. 382): poco diversa quella dell'art. 386 del Codice del 1859: e imprimeva la idea di una gravezza materiale quasi d'ingenti volumi da trasportarsi. L'attuale mette una *condizione di divieto* che potrebbe anche non esistere nei regolamenti, e lascia l'animo sospeso. Speriamo che un nuovo Codice ne trovi un'altra migliore.

Digitized by Google

3. *Se sia nella facoltà del giudice delegato pronunciare la condanna minacciata dalla legge contro il pubblico depositario non comparso?* La legge francese, più severa, costringe il pubblico depositario colla pena dell'arresto personale. Muta essa pure sugli attributi del giudice delegato, fece nascere delle questioni. Ma trattavasi di penalità assai grave, per un funzionario pubblico, spaventosa. Quindi PIGEAU, l'uomo delle miti opinioni, fu autore che si ritenesse siffatta pronuncia superiore all'autorità del giudice e devoluta al tribunale (*Commentaire*, t. I, pag. 313). Due ragioni adduceva: che per la legge civile l'arresto personale non si proferisce che con *sentenza* (articolo 2067), per semplice ordinanza non mai: che si condannerebbe senza sentire la parte, perchè non comparsa. Divisero quell'opinione BONCENNE, DALLOZ, CHAUVEAU: ma la respinsero il DELAPORTE, DÉMIAU, FAVARD DE LANGLADE, ed altri.

Altro è la *comminatoria penale*, ed altro l'*applicazione della pena*. Veramente la minaccia della pena scritta nella legge deve passare nella formola dell'ordinanza dettata dall'articolo medesimo. « ... Il giudice può ordi« nare che i depositarii *nel giorno ed ora da* « *lui indicati le presentino* (le carte) *nel luogo...* « SOTTO PENA *di una multa estendibile a* « *L.* 500 ». Questo è adunque il tenore dell'ordinanza: al comando va congiunta la sanzione penale. Il depositario non comparisce. Allora è che si fa luogo *all'applicazione della multa*. La comminatoria è indeterminata: la pena dev'essere determinata e specifica secondo la importanza della causa, la qualità del documento, il grado della rispousabilità; secondo insomma le circostanze la multa può esser ridotta. È perciò indispensabile un secondo decreto. Il chiamato non comparisce in persona, ma si giustifica o crede giustificarsi. Ecco ribadita la necessità d'un secondo decreto. Chi lo pronunzia? Il giudice delegato o lo stesso collegio?

La soluzione del quesito ci può esser fornita dall'art. 62. Io ne deduco *che lo stesso giudice delegato pronuncia il secondo decreto, e applica la multa*. In fatti l'art. 62 indica che ciò avviene in due maniere: *a richiesta del pubblico Ministero*, o per officio. Non essendo caso nel quale abbia luogo la richiesta del pubblico Ministero (*), ne segue che la multa è applicata d'ufficio; ed è facoltà inerente all'attributo del giudice delegato, appartiene al disciplinare di cui è fornito per lo esercizio stesso delle sue funzioni. A ciò provvede col suo secondo decreto, a fatto verificato e constatato nel processo verbale. Modo compendioso e assoluto, se vuolsi, di cui non mancano altri esempii sì nel civile che nel penale, ora trattandosi di testimonii in difetto, ora di giurati che non si presentano. Disciplina severa, ma garantia dell'ordine.

Che si oppone? La mancanza della difesa? Ma la legge stessa vi dice che si può esser condannato alla multa senza difesa, e soccorre col diritto di reclamo « chi sia stato condan« nato ad una delle suddette pene (pecuniarie) « *senza essere stato sentito prima nelle sue di*« *scolpe*, può farle valere nei dieci giorni suc« cessivi, ecc. » (art. 62). *Il reclamo è portato alla stessa autorità giudiziaria che ha applicata la pena* (articolo suddetto). L'attribuzione continua dunque nel giudice delegato *tamquam si* pronunciato avesse in contumacia, e ora pronuncia a ragioni vedute, onde può assolvere. Non escludo la facoltà di rimettere la causa *a udienza fissa*, cioè avanti il collegio, se il caso si presenti grave: facoltà che dee sempre vedersi nel giudice delegato in contingenze gravi. Non escludo neppure l'ulteriore rimedio dell'art. 209. Ordinamenti così tutelari, così conformi alla ragione della difesa, devono aversi per praticabili ognora che non si trovi nella legge il divieto espresso.

4. Passiamo alla obbligazione di altri che non siano depositarii pubblici.

Quando si provi che un privato è detentore di carte capaci di fornire validi argomenti alla verificazione, *quisque de populo* è tenuto a presentarle *jussu judicis*. È una natura di processo che si estende fuori della cerchia ordinaria di una contestazione solita ad alimentarsi delle produzioni che si fanno dalle parti nel rispettivo interesse. Il giudice è vestito di un potere discrezionale *ad hoc*, a questo preciso effetto della verificazione; non ad imporre delle produzioni che vengano ad aumentare la mole degli atti, e sbilanciare, per dire così, le condizioni del processo medesimo; ma a procacciarsi dei mezzi di prova per condurre a termine la peculiare missione che gli è affidata. Egli può battere adunque ad ogni porta, e gli si deve rispondere.

Questo potere è regolato dalla prudenza, dal senno pratico, da una certa necessità, onde si rimuova il pericolo dell'abuso e della indiscrezione. Non è una *compulsoria* nel senso

(*) Nel nostro sistema il pubblico Ministero non interviene nel giudizio di verificazione eccetto che non sia parte principale; altro è nel giudizio di falso incidente, di che a suo luogo.

della parola, quindi non si allegano eccezioni di diritto per non produrre il documento: no; è semplicemente un obbligo morale, un sussidio che ognuno deve prestare all'opera della giustizia per iscoprire una verità di cui si va in traccia, e di cui si ha un bisogno immediato.

Nondimeno si è introdotta una distinzione fra il *convenuto* e il *terzo* rispetto a quei documenti che potrebbero tornare in danno dell'esibente. È nel proposito di quest'ultimo che disse POTHIER: « Se l'atto è nelle mani di un « terzo cui appartiene, e la produzione del- « l'atto può recargli danno, *non si può obbli- « gare a presentarlo* ». Ma che sarà del convenuto? Il celebre autore estende anche a lui il favore della sua dottrina. « *E lo stesso dicasi « della parte avversa — quia nemo tenetur « edere contra se*; ma se quell'atto fosse stato « prodotto, esso sarebbe divenuto comune, e « qualunque sia il danno che ne venga alla « parte, esso non può più ritirarlo » (*Trattato della procedura civile*, parte I, cap. 3, articolo 11). La dottrina del POTHIER è contraddetta per quanto concerne il convenuto che si vuole obbligato a qualunque produzione eziandio dannosa. « Come potrà egli negarsi, dice « il CHAUVEAU (quest. 828 bis in CARRÉ), ligio « all'opinione del THOMINE, come potrà negarsi « à fournir à la justice *tous les documents* né- « cessaires à la découverte de la vérité, *et d'une « vérité que ne tient pas au fond de son droit « ou de son obligation d'une vérité purement « matérielle?* La loi ne l'oblige-t-elle pas à ré- « pondre *aux interpellations qui peuvent être « lui faites, à fournir par son propre fait une « pièce de comparaison dans le corp d'écriture « dont part l'art.* 206. »

Ma queste mi sembrano, sia detto con tutto il rispetto, cattive ragioni. Vien forse meno per ciò la moralità del principio *nemo tenetur edere contra se:* e il convenuto, per aiutare una prova che infine sta a carico dell'attore, dovrà, suo malgrado, esibire un documento che inchiude la propria condanna? Si dice che siffatta esibizione non *tiene al fondo del diritto:* non essere che istrumento a stabilire *una verità materiale.* Con ciò la questione si sfugge, non si scioglie: costretto il contendente a manifestazioni contrarie al suo diritto, egli è preso in parola, l'avversario s'impadronisce della scoperta; verrà il momento in cui saprà farla valere, onde per due guise il convenuto concorre al proprio danno. Così sotto specie di una esibizione officiosa, userò questa frase, nell'interesse generale della verità, come ognuno dee fare, *dummodo non noceat*, si esercita una compulsoria mascherata e di cattivo genere, contro la quale non è lecito neppure sollevare le eccezioni che sogliono addursi per non privarsi di documenti sui quali l'avversario non ha un diritto reale. Che diremo della seconda ragione? È forse la stessa cosa dover *rispondere ad interpellazioni*, prestar di sua mano materia allo scoprimento di questo vero (*V.* articolo 290), e dover presentare una scrittura che contiene cose contrarie al diritto che si sostiene? Nel primo caso, ma solo in quello, s'impone un fatto che si calcolerà come un saggio di quella verità che forse il convenuto tenta nascondere o sviare da sè; nel che è rimarchevole esser questo rimedio estremo e da non potersi usare se non nella mancanza o insufficienza di ogni altro mezzo (detto art. 290). È così che si contribuisce a *stabilire una verità materiale*, con atto diviso del tutto ed estraneo alla controversia di diritto che dovrà in seguito trattarsi.

5. *Essere obbligato nelle vie ordinarie* che significa? Malgrado una locuzione da non stimarsi la più esatta, tolta dal Codice di procedura franc., la ingiunzione della prova rimane nella competenza del giudice delegato. CARRÉ in una nota (t. II, pag. 336) ha detto in questo proposito: « Si les pièces de comparaison ad- « mises par le juge étaient entre les mains de « l'une ou de l'autre partie (poteva dire anche « di un terzo), *le juge ordonnerait qu'elles se- « ront de suite remises au greffier*, pour être « présentées aux experts à l'instant de la vé- « rification, dont il fixe le jour et l'heure « par la même ordonnance d'admission des « pièces ». Colla espressione *per le vie ordinarie* non si accenna quindi al modo della costrizione, e al giudizio da cui questa emana; ma soltanto agli *effetti* che sono per derivare dalla inobbedienza che, per antitesi all'altra parte dell'articolo 287, non si riassume nella multa, ma risolvesi nella emenda del danno. Pertanto, stabilita con processo verbale la mancanza, al giudice non resta che inviare le parti al giudizio di ragione, al giudizio specifico riserbato al tribunale della causa. (Avverto che in quello stesso giudizio possono anche presentarsi le scuse o giustificazioni del fatto.) Non perciò si sospende il processo di verificazione, imperocchè non potendosi più contare sulla esibizione dell'atto dacchè la controversia che ne rampolla va a riprendersi in uno scopo al tutto diverso, questo mezzo di prova è, si può dire, dileguato.

6. Questione. — *Dell'effettivo risarcimento dei danni per non essere stata presentata la scrittura di confronto. Risarcimento dei danni:* va benissimo; è giusto, ma in pratica e quando

si discenda sul campo della liquidazione specifica, sarà sempre un problema arduo e dei più spinosi. Si dovrà primieramente rinvenire la base del criterio elementare di codesto danno. È forse *la totalità del valore disputato* che si affaccia come oggetto del danno? Vi è qualche ragionamento che può esser messo ai servigi di un tale sistema. Si può dire che la vittoria della lite dipendeva dalla prova che per fatto vostro è mancata. Se io avessi potuto provare la verità della scrittura, e l'avrei provata col mezzo di quella in mano vostra compulsata indarno, avrei guadagnato un milione: chè tanto valeva la lite da me promossa. Il danno che ho sofferto consiste nel milione che mi avete fatto perdere. *Quantum mihi abest, quantum lucrare potui* (Leg. 15 Dig. rem tutam haberi). Ecco cosa è il danno. Potrà adottarsi un tale criterio?

La teoria ha recate in mezzo le sue distinzioni, norme direttive per regolare la confusa materia. Si è fatta in prima a distinguere la causa subbiettiva del danno, in quanto proceda da colpa, da negligenza, o piuttosto dal dolo, aumentando in questo ultimo caso a dismisura la risponsabilità. Invero dovrebbe ripetersi dal dolo il negarsi ostinatamente al comando del giudice senza una ragione qualunque giustificante il rifiuto (*non potest dolo carere qui imperio magistratus non paruit*): o almeno vogliamo per comodo della teoria supporlo. Qualora si dimostri con buona ragione che non si è tenuti alla produzione, a causa d'esempio per il grave danno che ricadrebbe sullo stesso producente, o provando lo smarrimento delle carte si riducesse la risponsabilità alle semplici proporzioni della colpa, l'obbligo sarebbe o annullato o sensibilmente modificato. Ma noi facciamo la supposizione di un rifiuto ingiustificato, negli ordini di giustizia equivalente al dolo. In altri termini, supponiamo la maggiore risponsabilità possibile; contuttociò il risarcimento del danno non potrà estendersi oltre ragione.

Quando si tratta di danni relativi alla perdita di una cosa di cui ci fu promessa la garantia, dominano certe regole moderatrici ad evitare gli eccessi. La cosa che fu oggetto della convenzione ne porge in qualche modo la misura. I danni non devono esser tassati in quantità maggiore del doppio del suo valore (Leg. 1 Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest proferuntur). La ragione risale sino ad una presunta volontà primitiva dei contraenti, che si crede avervi posti codesti limiti. Checchessia, esistono dati sui quali l'equità del legislatore può sino a un certo punto appoggiare una formola. Quanto alla specie proposta noi versiamo in ben diverso ordine d'idee, e invano domandiamo al Codice una guida positiva e propria al caso che veniamo esaminando. Tuttavia il fatto doloso, causante il danno, è contemplato nell'art. 1229 Cod. civ., e la gravità che distingue il risarcimento che ne consegue è dimostrata nella duplice riparazione *della perdita sofferta e del guadagno di cui si è privati*, ma la legge è sollecita di statuirvi un limite in ciò che *è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento delle obbligazioni.*

Dei principii possono tracciarsi, ma ognuno sente che la vera e sostanziale importanza consiste nella definizione pratica ed effettiva del danno: noi non accettiamo le tecniche preordinazioni dell'Imperator Giustiniano, e portiamo in tutto e per tutto un giudizio di apprezzamento circostanziale che più volentieri affidiamo alla saggezza del magistrato, che a quei conati di anticipate previsioni di cui non furono avare le antiche leggi. Ma lo abbiamo già detto: codesto apprezzamento deve avere una base per non riuscire a sconfinato arbitrio. Questa base *è la certezza morale del giudice che le perdite di cui* oi *lamentiamo sono conseguenze più o meno dirette, ma conseguenze positive e riconoscibili del fatto che ci viene con ragione imputato.*

Il valore dell'oggetto della lite non sarà mai, io credo, la materia della riparazione; mentre il difetto di uno degli elementi della prova non può riassumere tutta la importanza della lite, diviso com'è dal complesso a cui dovrebbe riferirsi, e a fronte delle contingenze indefinibili della controversia. Siamo noi certi che in quella carta che ignoriamo vi sia proprio il cardine della prova? Appresso, via lunga rimane a percorrere; altri mezzi di prova potrebbero proporsi; resta a discutere il merito. Pertanto il danno si riduce *a quello estimabile in relazione alle spese di cui presumibilmente dovrà caricarsi l'attore e che avrebbe potuto evitare, a quelle della ritardata discussione*, e simili, di cui il fatto soltanto può fornire il carattere e la ragione d'opportunità.

7. *Articolo* 288, 2° *capoverso. Le copie delle carte consegnate* equivalgono all'originale per l'estrazione di copie autentiche, *fatta menzione del processo verbale*, come l'articolo ingiunge. È stato detto, e credo con ragione, che il privato che soffre un certo disappunto nel dover cedere alla giustizia un documento anche per breve tempo, e in qualche modo lo giustifica, può volere una copia collazionata del suo titolo *a spese del richiedente* (Pigeau, *Commentaire*, t. 1, pag. 435; Chauveau in Carré, quest. 839).

Articolo 290.

Quando manchino, o siano insufficienti le scritture di comparazione, il giudice può ordinare che la parte scriva sotto la sua dettatura.

Se la parte sia presente, e, potendo, ricusi di scrivere, si può dichiarare la scrittura come riconosciuta.

Se la parte non sia presente, il giudice stabilisce il giorno, e l'ora in cui la medesima dovrà scrivere sotto la sua dettatura.

Questo provvedimento è notificato alla parte personalmente. Tra il giorno della notificazione, e quello per la comparizione devono esservi i termini stabiliti nell'articolo 147.

Se la parte non comparisca si può dichiarare la scrittura come riconosciuta, salvo che giustifichi un legittimo impedimento.

Annotazioni.

1. Questo articolo non è forse del tutto al suo posto: ultimo e pericoloso rimedio quello di costringer la parte renuente *a scrivere sotto la dettatura del giudice*, doveva andare dopo la perizia. Di fatti non si tratta solo *di mancanza*, ma anche *d'insufficienza*. La insufficienza suppone uno esperimento inutilmente tentato forse su carte vecchie, o poco abili al confronto. Suppone un saggio calligrafico fattovi sopra. Solo dopo la inutilità del saggio dichiarato dai periti in apposito processo verbale si potrà venire all'applicazione dell'articolo 290. CARRÉ ha detto (all'art. 206 franc.) e io adotto la sua opinione, che nel giorno stesso in cui siano adunati i periti, i quali dichiarano che le carte presentate non son buone, il giudice può senza altro ordinare alla parte presente di scrivere, e aggiungo che i periti stessi potranno essere consultati sul valore comparativo dello scritto.

2. *Metodo da seguirsi*. La qualità meramente sussidiaria di questo sistema impone dunque di non ordinare la scrittura personale che dopo il tentativo riuscito infruttuoso della perizia. L'ordinanza può esser pronunciata, l'ho già detto, al primo congresso dei periti che rifiutano come inabili le carte di confronto. Non essendo vietato, si può assumere tosto la scrittura dalla parte presente. Se non è presente, è d'uopo notificar l'ordinanza che fisserà anche il giorno e l'ora della comparsa. La parte procedente può anch'essa esser presente alla scritturazione di esperimento.

3. **Questione di termini.** — *Il provvedimento è notificato alla parte personalmente.* Ottima cautela! Resta vedere come si adempia. Nel letterale dettato di quest'articolo sarebbe data alla parte tutta la larghezza dei termini ordinarii. Il giudice adunque ne sarà istrutto dalla parte cui preme non cadere in nullità, e prefiggerà all'udienza sua propria il termine di ragione; ed è quello dell'art. 147, che davanti i conciliatori e i pretori si usa. Termine ristrettivo in confronto dell'articolo 148, che ne assegna dei più lunghi nelle cause avanti i tribunali civili, di commercio, e Corti d'appello. È dunque una specie di eccezione alla regola generale. Sta bene. Ma supponiamo che la parte abiti, straniero o no, fuori del Regno, in uno Stato non limitrofo, fuori d'Europa. Dovremo assegnare alla sua comparsa il termine dell'articolo 150 sino ai 180 giorni? L'articolo tace, ma se alla parte che abita nello Stato, e forse non molto lungi dal tribunale, si concedono sì ampii termini, perchè tanto più brevi si assegnerebbero a coloro che vivono in remoti paesi, e perciò furono favoriti di tanta maggiore comodità dal prefato art. 150? E se per amor di logica dev'esser così, quale disposizione sarebbe questa che interrompe e sospende di tanto intervallo una procedura così semplice e spedita? Caso forse unico; disposizione che manca di ogni proporzione col consueto ordine dei processi delegati, e pressochè sovversiva di tutto il sistema.

No, questo non può essere; e per non accettare siffatte conclusioni, siamo costretti a dire che quel riferimento all'articolo 147 è stato, mi si perdoni, una più che ordinaria inesattezza; e non può vedervisi che un pleonasmo imbarazzante, che bisogna mentalmente cancellare dall'articolo.

Che una ordinanza o *provvedimento* (come qui si dice quasi ad attenuarne la portata) che tanto interessa di conoscere sia da notificarsi alla parte anzichè al procuratore, si approva.

Digitized by Google

Dicasi pure *alla parte personalmente*, espressione che nel linguaggio del Codice si usa per distinguere la persona del contendente da quella del suo procuratore. E sin qui va bene. Noi sappiamo poi dai combinati articoli 39, 40, 135 e 140, che la notifica ordinata *alla parte personalmente* è bene eseguita anche al suo domicilio elettivo. In ogni *procedimento formale davanti i tribunali civili e le Corti di appello* e l'attore e il convenuto eleggono domicilio per gli atti della lite, che è una delle migliori disposizioni del Codice (articoli 134, n° 5, 158, n° 2, 159, n° 2). Ed è appunto a siffatto domicilio che si notificano niente meno che le stesse sentenze definitive (articolo 367). Or dunque: se la legge si fosse limitata all'ordinare la notifica *alla parte personalmente*, come fece all'articolo 223 e in tanti altri casi, nulla di più semplice: noi avremmo seguito la norma dell'articolo 367. Ma si è voluto dire di più, e trarre in ballo l'articolo 147, cogli svariati suoi termini che presumono domicilii e residenze anco lontane; e, che è peggio per comprendere l'idea del testo, creando una specialità di termini, mentre a giudizi come questi che si ritengono fatti avanti i tribunali civili, commerciali, o Corti d'appello, si verrebbero applicando gl'istituiti ordinati a giudici inferiori: il che imprimerebbe l'idea di una disposizione particolare e maturata nei pensieri del legislatore.

Portati in sì misere e tediose investigazioni, noi ci domandiamo se siasi voluto derogare alla savia e generale disposizione dell'articolo 367, facendo, a così dire, per questo caso sì ovvio e volgare una legge apposta. Noi non lo crediamo. Vediamo qui dentro, come già si disse, un pleonasmo, e anche, se vuolsi, una diligenza mal calcolata. Se il dettato fosse assolutamente inconciliabile coll'articolo 367; se vi fosse antinomia invincibile, che farci? Converrebbe accettare quello che è scritto. Ma fortunatamente non è. Infatti l'art. 147 pone i due rapporti estremi del termine *nel luogo in cui si eseguisce la citazione*, e *nel luogo ove si deve comparire*. Espressione abbastanza esatta, mentre non si dice *ove la persona esiste*, ma *dove si eseguisce la citazione*, e può ben essere al *domicilio elettivo*. Quindi è che essendo per l'appunto domicilio elettivo quello che si assume per gli articoli 134, n° 5, 158, n° 2, e 159, n° 2, ne segue che l'applicazione dell'articolo 367 è possibile, e se è possibile, nella larga generalità di cui quella legge è dotata, deve ammettersi anche nel caso presente. E ciò per evitare un'anormalità che non avrebbe senso; per non dovere aprir l'adito ai lunghissimi spazi dell'art. 150, il che sarebbe logicamente necessario una volta che i termini dell'articolo 147 fossero riferiti *al domicilio reale*; per non impigliare contro una disposizione tanto assestata e fondamentale come quella dell'articolo 367.

4. Il *provvedimento* può certamente emanarsi *ex ufficio*. Notificarlo spetterà alla parte più diligente. Se lo stesso convenuto che dovrà *scrivere* abbia cura *di notificare il provvedimento*, potrà farlo con atto di procuratore.

Articolo 291.

Prestato il giuramento dai periti, e fatta ai medesimi la comunicazione delle carte di comparazione, o compiuto lo scritto sotto dettatura, le parti debbono ritirarsi dopo di aver fatte le istanze e osservazioni che reputino convenienti, delle quali si fa menzione nel processo verbale.

Articolo 292.

I periti procedono unitamente alla verificazione nella cancelleria in presenza del cancelliere, o davanti il giudice, se questi lo abbia ordinato. Se non possano terminare la loro operazione nello stesso giorno, questa è rimandata ad altro giorno ed ora indicati dal giudice o dal cancelliere, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Articolo 293.

La relazione dei periti è fatta in conformità degli articoli 264 e seguenti, ed è unita al processo verbale.

Le scritture di comparazione si restituiscono ai depositari, mediante loro ricevuta scritta nel processo verbale, o annessa al medesimo.

Digitized by Google

Annotazioni.

Toltene le specialità relative a questa forma di processo e al particolare suo scopo, è stabilito che le regole comuni alle perizie sono applicabili: « *Si la loi spéciale* (ben disse MERLIN) *abroge la loi générale dans les points où la première statue, elle ne l'abroge pas dans ceux sur lesquels garde le silence* ». Principio che nella procedura ha una significazione peculiare e propria del suo istituto. È un complesso di formole che si vengono modificando nei varii aspetti che la pratica assume nei suoi successivi svolgimenti, rimanendo salde in quelle parti su cui la modificazione non cade: e dico esser natura di questo ordinamento che forma, per quanto è possibile, una unità nella moltitudine stessa dei particolari, che tutti raccoglie e invia verso uno scopo solo: *la retta amministrazione della giustizia.*

Appartiene a quest'ordine d'idee il conoscere se possa il giudice ordinare *una seconda perizia calligrafica*, se sia vincolato al giudizio dei periti, ecc. Sull'ammissibilità di una seconda perizia non è più dubbio (DALLOZ, *Répertoire*, v° *Vérification, etc.*, n° 77; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1217, ecc.).

Articolo 294.°

Quando la parte proponga di provare la verità della scrittura col mezzo di testimoni, possono essere esaminati coloro che abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa, o abbiano cognizione di fatti che possano servire allo scoprimento della verità.

Se si proceda all'esame dei testimoni, la scrittura controversa deve essere presentata ad essi perchè la sottoscrivano. Della sottoscrizione o del rifiuto si fa menzione nel processo verbale.

Si osservano nel resto le regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

Annotazioni.

1. *Se l'esame dei testimonii all'oggetto della verificazione della scrittura si ammetta senza riguardo a somma, e non sia per trovar opposizione nel prescritto dell'art.* 1341 *del Codice civile.*

Il nostro articolo non differisce nella sostanza dall'art. 211 della procedura francese. « Pourront être entendus comme témoins ceux « qui auront [illegible] écrire ou signer l'écrit en « question, ou qui auront connaissance des faits « pouvant servir à découvrir la vérité ». Il CARRÉ, esaminando l'art. 195, e inoltrandosi nell'argomento della verificazione scritturale per testimonii, osservò la prova non avere altro scopo che *la verità della scrittura*, non punto *la verità del debito.* Prosegue CHAUVEAU: « Ainsi la vérification par témoins peut être « ordonnée *encore qu'il s'agisse d'une obligation dont la valeur excède* 150 *francs;* car « il ne s'agit pas d'établir, par témoins et di« rectement la vérité de la dette; les témoins « ne seront interrogés que sur des faits ten« dant à prouver que le dénunciant est bien « l'auteur de billet: une fois cette preuve faite, « on ne pourra pas dire que l'obligation ne « repose que sur la preuve testimoniale, quis« qu'elle aura pour base un écrit désormais « réconnu ».

Il ministro PISANELLI, non dissimulando le obbiezioni che incontrava questa prova come « mezzo indiretto ad eludere le restrizioni « stabilite dalla legge civile sull'ammissibi« lità della prova testimoniale » adduce ragioni che io riferisco colle sue stesse parole: « Risponde al voto della legge il far « sì che la scrittura privata produca tutti gli « effetti possibili per mezzo della prova testi« moniale. Infatti la legge civile limita l'uso « della prova testimoniale *quando si presenta « sola, perchè trova necessario, per una mag« giore certezza dei diritti e delle obbligazioni, « di promuovere l'uso della prova scritta; ma « quando esiste uno scritto, e la prova testimo« niale viene soltanto a dimostrarne la verità,* « la legge non deve più limitarla. Operando « diversamente verrebbe a rendere pressochè « necessario l'atto pubblico, il quale per mol« teplici cause, non è di facile uso nelle varie « contingenze della vita civile ».

Aggiungerò qualche parola nell'interesse di una teoria che riunisce i principii della scienza ai bisogni più positivi della vita pratica. La prova testimoniale è respinta *assolutamente* in confronto dell'atto pubblico quando si tratta della sua *verità materiale.* Lo abbiamo veduto in altro luogo. La prova testimoniale non è

ammessa a provare convenzioni superiori a una somma determinata (art. 1341 del Codice civile). I motivi di codeste decisioni sono d'ordine diverso. Nel primo caso trattasi di una prova già formata e suprema; nel secondo di una prova che non può farsi col mezzo semplicemente di testimonii. Nel primo caso la prova testimoniale è *priva d'ogni valore;* nel secondo *non ha un valor sufficiente.* Ciò non toglie che non possa ottenerlo *congiunta a indizi derivanti da quel genere di prova che la legge predilige* per l'interesse medesimo delle convenzioni. *Simul unita prosunt*, perchè sono mezzi omogenei atti a sussidiarsi scambievolmente; laddove nel primo caso trattasi di prove che si respingono.

Queste considerazioni non si applicano propriamente ed esattamente alla presente ricerca. Qui non vuole vedersi se i *testimonii* possano supplire alla scrittura rispetto a convenzioni superiori a L. 500; ma più presto *se ci sia la scrittura.* La esistenza della scrittura non è mica la convenzione che vi si contiene; è un fatto, non un diritto; è la verificazione di una forma messa in dubbio; l'operazione verificatoria è fuori dell'atto o del fatto verificabile, perchè *intanto si verifica in quanto vi si applica un mezzo estrinseco di dimostrazione.*

2. Ciò nell'ordine ideale; ma in realtà, cosa volete di meglio che le testimonianze di coloro che furono presenti alla soscrizione, molto più poi se essi medesimi vi si trovano sottoscritti e riconoscono le proprie firme?

Qui si affacciano due ricerche importanti: 1° *L'esame dei testimonii ha forse un limite in cui dev'esser contenuto, e quale sarà questo limite?* 2° *L'esame dei testimonii potrà anche influire sul merito, in guisa che non risultando dalla scrittura una vera e perfetta convenzione, ma solo un principio di prova scritta, possa perfezionarsi col sussidio dei testimonii, sebbene si tratti di un valore maggiore di L. 500?* La prima questione è stata trattata: la seconda, in questo speciale punto di vista, mi sembra nuova.

Si è stabilito che i testimonii possono esser sentiti non solo sui fatti caduti sotto i loro sensi, *ma eziandio sulla opinione ch'essi hanno intorno alla verità dello scritto materiale*, data la conoscenza del carattere, da essi forse per consuetudine acquisita, facendo in certo modo vece di periti (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 854 bis; DEMIAU, pag. 167 contro PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 441, sentenza della Corte di Bruxelles, 13 giugno 1827, *Jour. du cour.*, 1828, t. II, p. 70; Cassazione, 25 giugno 1833; SIREY, t. XXXIII, 1, p. 616). Io convengo perfettamente: ma non è ciò che ci abbisogna. Vogliamo vedere, a dir così, la portata di quelle espressioni — *o abbiano cognizione di fatti che possano servire allo scoprimento della verità.*

Dovremo restringerci alla semplice *verità materiale?* Foste presenti alla soscrizione, riconoscete questo carattere; e nulla più? Non potranno parlare della verità morale, della sostanza medesima del contratto, ampliandone fors'anche il contenuto? Per esempio, la scrittura porterebbe una promessa, ma non avrebbe i requisiti di un contratto perfetto: la promessa di vendere senza specificazione del prezzo. Ebbene, i testimonii che furono presenti, a conferma e spiegazione del loro dire, vi narrano che anche il prezzo fu determinato, benchè dalla scrittura non apparisca. Devono registrarsi i loro detti, se ne deve tener conto nel processo verbale; o per contrario si vorranno estranei all'oggetto della verificazione materiale?

Non si ponga ostacolo alla manifestazione della verità; non si dica che sta bene conoscerne una parte, ma c'è un'altra parte che non si deve conoscere, e che un lato di essa deve rimanere oscuro. Libertà alla parola dei testimonii *in tutto ciò che può servire allo scoprimento della verità*, e sembrami si faccia omaggio alla legge.

Così questo si collega col *secondo quesito*, più malagevole alquanto. Ho proposto or ora l'esempio del quale mi valgo. Intanto si trova verificata la scrittura, e la disputa è matura nel merito. Il convenuto oppone che la scrittura non stabilisce la prova di una convenzione; al più potrebbe ravvisarvisi un argomento, ma imperfetto, *un principio di prova scritta;* niente altro. E l'attore, rispondendo, aggiunge a questo mezzo, poco valevole per sè, il conforto della prova testimoniale già eseguita nel processo verificativo della scrittura. Può farlo? o *piuttosto deve instaurare la prova testimoniale col metodo ordinario?* In altre parole: il processo testimoniale ch'ebbe luogo in occasione della verifica, potrà proporsi come prova formata in quella parte che concerne il sostanziale e l'intrinseco del contratto? Io dico che *bisogna esaminare*, ex novo, *in questa parte i testimonii:* i fatti deposti potranno tradursi in capitoli o materia articolata.

Salviamoci dalla taccia d'incoerenza. Ho detto di sopra che i testimonii devono parlare, che devono lasciarsi parlare: non ho detto che le loro parole formino prova, da quello in fuori che riguarda il materiale dello scritto. La verità deve ascoltarsi tutta, e non a mezzo; ciò io sostenni: deve raccogliersi nel processo

verbale la deposizione intera, o riguardi il valore estrinseco o il valore intrinseco del documento. Quella formola dell'articolo, indicante la verità come scopo, deve intendersi in lato senso. E potete vederne l'effetto. L'attore fu messo sulla traccia della prova forse da quella deposizione, tanto più apprezzabile quanto meno ricercata dalla parte interessata.

Ma non sarà tuttavia prova perfetta. Perchè? Per un principio dominatore della prova testimoniale che vogliamo qui bene determinare.

La verità di questa prova riposa sopra un complesso di guarentigie che non possono disgiungersi. Oltre quelle che emanano dalla qualità delle persone, dalla razionalità dei deposti, dal giuramento prestato, dalla competenza dell'autorità che ad essi lo deferiva, ve ne hanno altre riguardanti: 1° *lo scopo obbiettivo dell'esame;* 2° *il concorso delle forze legittime che stanno in giudizio per dirigere l'esame* o *combatterne i risultati con altre prove.* È per questo che un esame testimoniale assunto in criminale non giova in civile, ma bisogna rinnovarlo. Lo scopo obbiettivo fu diverso, quantunque il subbietto per avventura conformo o identico; la ragione di scopo fa prescegliere come soli importanti i fatti che vi tendono direttamente; sfuggono talvolta le circostanze più rimarchevoli, con altro intendimento osservate. Insomma l'esame non si ritiene esaurito, lo esperimento si reputa incompleto. Più evidente garanzia è quella del concorso delle parti. Quindi è che le testimoniali relative all'intrinseco del documento devono esser riassunte per sottostare alle interrogazioni delle parti, per subire la critica che accompagna il processo d'esame nelle varie sue fasi, per sostenere l'attrito della prova contraria. Acquisito il grado di prova, quale difficoltà che il deposto dei testimonii riceva dagli elementi che somministra lo scritto una importanza decisiva per gli effetti dell'art. 1344 e 1347 del Codice civile?

3. *Procedura.* Alcune e semplici norme ingiunge l'art. 294, e conclude: *si osservano nel resto le regole stabilite nel* § 3 *di questa sezione.* È un esame come un altro: e vi si esordisce colla istanza di ammissione della prova testimoniale che in questa specialità non è senza intoppo. L'oggetto è la verificazione della scrittura, e non bisogna perderlo di vista; gli articoli devono tendere a questo, la *prova contraria* non può vagare in difese estranee. Si è in un campo limitato dalla legge. Dopo ciò, tutta la serie delle disposizioni *sull'esame dei testimonii*, verranno mano mano spiegandosi, non eccettuata quella degli articoli 236, 237. Veramente *intorno al diritto della ricusazione* sorge un dubbio non lieve. Non è forse questo un caso eccezionale? Dei testimonii che per fortuna concorsero nella scrittura impugnata o vi furono presenti, non possono essere surrogati; non dovranno dunque aversi per *testimonii necessarii*, e per questa ragione incensurabili? Così pensa il Démiau-Crouzilhac, contro tutti i chiosatori del Codice di procedura. Quanto a noi, non si saprebbe ove basare una distinzione a fronte di un rimando sì perentorio alle regole comuni. E dev'essere anche per ragione. Perchè dovrebbe limitarsi in questo caso quell'applicazione del principio di libertà che è nel diritto di ricusa? Alla fine l'allegazione del sospetto, giusta l'art. 237, non trattiene l'esame, salvo di averne conto nel giudizio di merito secondo le circostanze.

Articolo 295.

Quando sia provato che la scrittura è stata scritta e firmata da colui che l'ha negata, questi è condannato in una multa da lire centocinquanta a cinquecento, nelle spese, e al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. Quanto al procedimento successivo, ricordo l'art. 296 dell'ultimo Codice sardo, perchè credo debba seguirsi quella norma. La copia del processo verbale che deve comunicarsi all'altra parte contiene tutto il complesso delle operazioni che riguardano la verificazione.

2. Il còmpito del giudice delegato è finito. Non spetta a lui render giudizio del risultato che presenta materia feconda di discussioni avanti il tribunale (e diremo eziandio avanti la Corte se la scrittura fu impugnata in giudizio d'appello). L'applicazione adunque della multa e la condanna nei danni è fuori della competenza del giudice delegato.

3. Un'osservazione su questo proposito di un giudizio d'appello. Proporremo due semplici quesiti:

a) Se una scrittura fu prodotta nel primo

giudizio, ed ivi non fu negata, potrà negarsi in grado d'appello per costringer l'altra parte alla verificazione? Rispondo affermativamente, pnrchè il convenuto non abbia prese deliberazioni sul merito con o senza riserva.

b) Se nel primo giudizio si praticò la verificazione per confronto di scritture e coll'opera di periti, potrà in appello aggiungersi la prova testimoniale? DALLOZ lo ammette, malgrado qualche decisione contraria (*Répertoire*, v° *Vérification, etc.*, n° 81). Appellandosi dalla sentenza che dichiara non essere risultata la verità della scrittura, non vedrei perchè la prova testimoniale non dovesse ammettersi.

Nota finale. Per l'art. 2178 del Codice albertino dalla scrittura privata recognita o verificata in giudizio *nasceva la ipoteca giudiziale.* Grazie al legislatore che ha tolto questo imbarazzo alla proprietà, e disseccata una sorgente di litigi.

§ VII.

Della falsità dei documenti.

OSSERVAZIONI GENERALI

La difficile e laboriosa sistemazione di qnesto istitnto è dovuta a quell'illnstre uomo che fu il D'Aguesseau, ed apparve quasi completa nella Ordinanza del 1737. Come a noi fu tramandata, ci lasciava desiderare una nozione che in vero era suggerita dalla scienza, che i Codici aveano trascurata. Quale sia e in che modo vi provvedesse il nuovo Codice, faremo chiaro colle seguenti parole del ministro PISANELLI: « La querela di falso, come l'azione « contro qualsiasi altro reato, si promuove regolarmente in giudizio penale. Il Codice di pro« cedura francese, subordinando eccessivamente a questo concetto le sue disposizioni sull'ac« cennata qnerela, descrive il rito del *falso incidente* civile, e non parla mai di un *falso prin« cipale* in via civile. I commentatori francesi non tralasciarono di notare qnel dualismo il« logico di un falso incidente civile messo in contrasto col *falso principale* di natura penale. « La querela di falso promossa incidentemente in un giudizio civile può risolversi in un pro« cedimento penale, onde l'incidente civile darà vita ad un altro giudizio in cui la qne« stione principale sarà il falso; ma per una differenza intrinseca che passa tra il reato di « falso e gli altri reati, accade per contro che la querela di falso principale non si possa « promnovere altrimenti che in giudizio civile ». Aggiunge qualche altra considerazione che sarà materia del commento, e conclude: « Però il progetto dichiara esplicitamente che la « querela di falso si può proporre in giudizio civile, sia come oggetto principale della do« manda, sia incidentemente in corso di una causa ».

Nella reintegrazione di questo concetto si pare la saggezza del legislatore; e si avvera anche una volta che la scienza, illuminando i difetti delle legislazioni, ne prepara delle migliori.

Articolo 296.

La querela di falso si può proporre in giudizio civile sia come oggetto principale della causa, sia incidentalmente nel corso di essa.

La querela si può proporre quantunque il documento sia stato riconosciuto per vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso, in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale.

Annotazioni.

1. *Del falso principale civile e del falso incidente civile.*

Precedenti storici. — *Vedute degli scrittori francesi.* « Lorsque le faux se poursuit en

« justice criminelle, soit par action publique, « soit *en même temps* par action civile, il prend « la dénomination de *faux principal*, parce- « qu'il est la cause primordiale, le motif unique « de l'action, parceque les poursuites qu'il en- « traîne ne se rattacheat à aucune action au- « térieure à laquelle elles soient incidentes » (CARRÉ, introduction au tit. *Du faux incident*).

Le idee del celebrato autore sono conformi alla legislazione ch'egli veniva esaminando, ma imperfette verso la scienza. Infatti, mentre la procedura non accennava nè disponeva che *del falso incidente civile*, nell'art. 1319 del Codice civile si dichiarava in qual modo potesse attuarsi la efficacia dell'atto pubblico; e per falso principale intendevasi nell'aperto senso di quell'articolo, *accusa criminale*. Restava nell'ombra, per dir così, un terzo falso: il *falso principale civile*. Fra i comentatori che denunciarono quello che il Pisanelli chiamava *dualismo illogico*, è notevole il BONNIER. « La distinction « de ces deux espèces de faux incident se con- « çoit parfaitement; mais, ce qui est moins fa- « cile à comprendre, c'est l'expression de faux « principal, appliquée comme il est ici. *Car « quel rapport y a t-il entre cette idée et celle « de poursuites criminelles pour faux?* » (*Des preuves*, pag. 528). — Ed è giusto: qual rapporto *fra un falso principale criminale* e *un falso incidente civile?* Certo non può questo essere incidente di un giudizio criminale, ma dev'esserlo di un giudizio civile, come di fatti lo è proponendosi nel corso di una lite già pendente avanti un giudice civile. Il termine avversativo è dunque il *falso principale civile*, non il *criminale;* dacchè è fuori di dubbio che anche civilmente può istitairsi querela per causa delittuosa quando non si tratti che di conseguenze civili, di riparazioni civili che si ripetono da un reato che per una ragione qualunque non può perseguitarsi criminalmente.

Nondimeno quegli stessi scrittori che si trovavano involti in questo tecnicismo imbarazzante, guidati dalla squisitezza del caso pratico, e scoprendo attraverso la nebbia del dettato legislativo la realtà delle cose, si facevano il quesito = se la via d'iscrizione in falso non è aperta se non esistendo una contestazione principale, che mai deve determinarsi, qual regola seguire onde far dichiarare civilmente che un documento è falso? Il quesito è dello stesso CARRÉ. E come lo risolve? Potersi promuovere un giudizio di falso principale civile: trovando che il procedimento del falso incidente veniva a subire così un modo di applicazione quasicchè imposto dalla forza delle cose (quest. 864).

Il suo annotatore e critico sagace, il CHAUVEAU, non si lasciò sfuggire l'occasione di berteggiarlo alquanto, perchè nella sua quest. 863 dice che « l'inscription en faux *n'est qu'un incident d'une contestation principale existant devant un tribunal* = e ora d'un tratto diventa un giudizio principale. Gli basta di averlo colto in contraddizione, e di mostrargli che una decisione della Corte di Rennes non giovava al suo assunto; nè altro aggiunge. Ma volontieri accetta uno espediente del THOMINE, ch'egli chiama ingegnoso, il quale suggerisce che si faccia nascere ad arte un giudizio civile, provocando l'avversario a sentir dichiarare la nullità del documento, o in altro modo qualunque costringerlo a produrlo; e allora si può tirare il colpo sicuro e imberciare la carta con una *querela di falso incidente*. Un cariale queste furberie le conosce, e talvolta la destrezza di praticarle, in mezzo a leggi che male rispondono al bisogno, onora la sua abilità. Ma dagli scrittori si aspetta qualche cosa di più elevato. Non so se il CARRÉ fosse in contraddizione con se stesso, non me ne curo: ma la sua decisione mi sembra vera anche in relazione a quella legislazione che fu pure la nostra sino a pochi mesi fa. Era un *caso omesso;* ecco tutto: e gli si dovea far posto con applicazioni d'analogia desunte da altre leggi e procedimenti correlativi; e fu pure la dottrina seguita dal DALLOZ (*Répert.*, v° *Inscription en faux*, n° 66).

2. L'art. 296 rivela per la prima volta questa duplice forma del falso civile, appropriandosi idee che sono nell'ordine delle cose, che s'impongono, per così dire, col diritto della ragione allo stesso legislatore, ma che fin qui restarono nel deposito della scienza. È dunque stabilito formalmente che la *querela di falso si può proporre in giudizio come oggetto principale della causa;* onde ci risultano varie maniere di giudizi di falso che qui giova discernere.

Il giudizio di falso, considerato nella pienezza del suo scopo, nello svolgimento correlativo alla natura del fatto, è criminale sopratutto: perchè trattasi di un reato, e di un reato fra i più odiosi, i più vili e i più perniciosi alla società! La legge civile non se ne occupa; ma dalla stessa scaturigine procedono combinazioni totalmente civili. Vediamole di volo.

3. *Delle varie maniere del falso civile.*

a) *Azione civile*, diretta al risarcimento del danno, contemporanea o seguace dell'azione penale, famulativa o separata dal processo penale, poco importa: essa si porge come una dipendenza dell'azione penale; è legata, ge-

neralmente parlando, al destino di quella, quantunque essenzialmente distinta (*). L'*azione civile* può bene presentarsi come un *giudizio di falso principale civile*, allorchè l'azione penale non sia instaurata o non sia più possibile: discorso che si estende a tutte quante le azioni che hanno puramente per oggetto il risarcimento di un danno proveniente da reato, quando non subiscano il concorso dell'azione penale; prevalente e poziore nell'ordine delle cognizioni per cause che qui non occorre indicare (**).

b) Falso principale civile è quello che si propone con querela civile, iniziatrice del giudizio, come ogni altra azione. Oggetto di tale giudizio può essere semplicemente *reale*, allo scopo cioè di far dichiarar falso un documento, o pubblico o privato, distruggerlo, o toglierglì il potere di nuocere. Ciò avviene per lo più quando non si conosce l'autore del falso, o anche non si cerca di conoscere, bastando all'interesse della parte attrice il liberarsi dal documento falso dalla cui esistenza è minacciata. Fu acutamente osservato dal PISANELLI nella Relazione: « Nei reati d'altra natura, il « fatto che li costituisce è generalmente in se « stesso irreparabile; il solo mezzo di ripara« zione quanto al privato offeso, consiste nel « risarcimento del danno ». Quindi nulla suffraga; l'azione stessa civile non potrà esercitarsi *se non si conosce l'autore del reato*. Nel falso per una specialità che concerne la sua natura, si può dissipare lo stesso reato attaccandolo nel suo estrinseco e insidioso apparato senza colpire l'autore.

Ma si può spingere più oltre l'intento dell'azione, voglio dire sino al risarcimento del danno, alle riparazioni civili che sono derivate, in un modo qualunque, dall'apparizione o dall'uso del documento falso. Il che, siccome è manifesto, si applica ad ogni altra simile azione che da reato procede.

Ma perchè trattandosi di perseguitare l'autore del falso non si dovrebbe piuttosto aprire un giudizio criminale?

È facile la risposta: *perchè* l'azione penale e l'azione civile essendo indipendenti, il privato, offeso nei proprii diritti economici dalla falsificazione o alterazione di un documento, può sempre valersi di questi suoi diritti in giudizio civile, salvo di doverlo sospendere quando venga a trovarsi in concorso col giudizio penale, instaurato dal pubblico Ministero nel punto di vista diretto del reato, e allo scopo della penalità. *Perchè* vi sono bene dei casi in cui l'azione penale non può esercitarsi; p. es. se sia morto l'autore del falso, e non si tratti che di obbligare gli eredi al risarcimento del danno, o l'azione penale sia prescritta.

È ben necessario determinare la direzione obbiettiva di codesti giudizi, nel che consiste non solo la differenza tecnica dei loro caratteri, ma la loro ragione rispettiva di essere. *L'oggetto della penalità è sempre, necessariamente, essenzialmente estraneo ai giudizi civili.* L'azione, qualificandosi dall'oggetto immediato che si propone di conseguire, *è fondata nell'interesse economico*, sia che richieggasi la pura e semplice dichiarazione di falso e l'abolizione dallo scritto materiale, sia che per effetto del risarcimento del danno (azione personale) sia d'uopo verificare la persona dell'autore, di colui sopra il quale pesa l'*obligatio ex delicto*.

c) Il falso incidente civile è palesemente un episodio di un giudizio civile principale avente un oggetto qualunque, e non cade sull'oggetto medesimo, ma sui mezzi della dimostrazione.

4. *Sul capoverso dell'articolo.* « La ricogni« zione di un documento qualsiasi può essere « illusoria, come desunta dal solo silenzio della « parte, o può esser erronea perchè fatta senza « cognizione di causa. La verificazione di una « scrittura poggia sostanzialmente su di una « presunzione, e questa deve cedere davanti « la querela di falso, come vi cede la presun« zione che attribuisce piena fede all'atto pub« blico. Tutto insomma viene subordinato, per « fini d'ordine superiore, al giudizio di falso. »

Con queste parole la Relazione PISANELLI giustifica la prima parte: ne conseguita che la stessa cosa giudicata *et quidem* fra le medesime parti nata, con cui si dichiarò vera e provante la scrittura, rimane senza valore rimpetto alla querela di falso.

Se questo discorso potesse non andar immune da osservazioni critiche, si troverà irreprensibile quello che segue: « Ma se la verità « di un documento fosse già stata dichiarata « per sentenza irrevocabile in un giudizio di

(*) Mi è impossibile qui mettere in chiaro questa specie di paradosso, che credo aver ridotto a termini di verità nel mio Trattato sull'*Azione penale*, che si sta stampando per questi medesimi tipi.

(**) A niuno sfugge che la nomenclatura usata dalla legge per distinguere i varii caratteri delle azioni, si desume talvolta dai concetti di relazione che hanno fra loro, il che può generare una certa confusione quando vengono a considerarsi nella loro speciale essenza. Onde *azione civile* si pone discretivamente con *azione penale*; *falso principale* con *falso incidente*, sebbene indipendentemente da codeste enunciative siano determinabili da nozioni loro proprie.

« falso civile o penale, è palese che non sarà « più ammessibile contro il medesimo una nuova « querela, quando vi ostasse la cosa giudicata « secondo i principii che la determinano nelle « questioni *pregiudiziali;* come per impugnarlo « (il documento) non sarebbe necessaria, in « applicazione degli stessi principii, una nuova « querela se il documento fosse dichiarato falso « in un giudizio civile o penale ».

5. Questioni. — *a) Un debitore solidale può iscriversi in falso contro un documento che fu riconosciuto vero in confronto del condebitore che inutilmente lo aveva tentato?* No: perchè, all'effetto del debito, i condebitori solidali si considerano una sola persona (LEPAGE, p. 184; CARRÉ, quest. 861, e ivi CHAUVEAU). Dal caso in fuori che la querela non fosse caduta sul corpo dello scritto ma sulla firma del condebitore soltanto (CARRÉ, quest. suddetta).

b) Un terzo che avesse interesse a sostenere la verità del documento, non potendosi rinnovare la querela, qual metodo dovrà seguire? Gli resta quello che appunto chiamasi *opposizione del terzo* (art. 516) (LEPAGE, pag. 186; CARRÉ e CHAUVEAU, quest. 862 contro THOMINE). A quale oggetto? Per appellare dalla sentenza, per domandarne la nullità; ma non può dissimularne la esistenza, non può fare che non gli venga opposta, non potendo un documento essere ora falso ora no, coi cangianti colori dell'iride.

Articolo 297.

La querela di falso incidente si può proporre in qualunque stato o grado della causa.

Annotazioni.

1. In ogni parte adunque del giudizio di primo grado, e anche in appello, benchè in quello fosse già stato il documento prodotto e avesse servito di base al giudicato. Giurisprudenza unanime. E BERRIAT: ancorchè la scrittura fosse stata verificata nel corso del giudizio, cioè conforme ai nostri principii. In appello non passa come *domanda nuova*, ma come *eccezione* e mezzo di difesa sempre opponibile.

Questo articolo, benchè faccia seguito ad un altro che ha una portata più generale, si restringe al *falso incidente*, come suona il dettato e risulta dal suo senso.

2. Si domanda *se una querela di falso principale possa essere proposta a causa decisa*, siasi o non proceduto in quel giudizio alla verificazione della scrittura.

Nessun dubbio per ciò che riguarda il falso principale criminale; in ciò la giurisprudenza è concorde. Ma io penso potersi eziandio, a causa decisa, promuovere il falso principale civile, toltene le seguenti limitazioni: 1° che non sia stata trattata e definita la questione pur anche sotto forma di falso incidente civile; 2° che l'attore si trovi in quelle condizioni giuridiche che gli sono necessarie per promuovere siffatto giudizio.

Questo è già sottinteso in ogni caso; ma non è meno evidente che una volta dichiarata la verità dello scritto impugnato colla querela di falso, nell'ordine civile, avvi fra le persone medesime regindicata che resiste a qualunque nuova domanda sullo stesso soggetto.

3. Si domanda ancora *se in giudizio di cassazione possa proporsi querela di falso.*

In massima la risposta della giurisprudenza è affermativa. Si considera che la veracità degli atti e documenti è il fondamento inconcusso del vero giudiziale, che, proclamato dal magistrato, estende la sua virtù e la sua irresistibile efficacia sopra sì numerosi interessi della vita civile. Il falso si coglie ovunque appare, ovunque minaccia di rovesciare le basi del certo giuridico (DALLOZ, *Répér.*, t. VIII, v° *Inscription en faux*; MERLIN, *Répert.*, v° *Eod.*, t. VI, pag. 181; FAVARD DE LANGLADE, tom. II, pag. 558 e 560; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 865 bis). Ma gli scrittori sono altresì d'accordo nel dire che la querela di falso in Cassazione non può cadere che *sugli atti necessarii alla contestazione che si agita avanti la suprema Corte.* Laonde i documenti che furono elementi, principali o secondarii, della decisione di merito, che non furono in quella sede querelati, non possono in quello straordinario giudizio attaccarsi di falso. « Ce n'est donc, mi « servirò delle parole autorevoli del CHAUVEAU, « que contre la minute de jugement attaqué, « contre les énonciations contenues dans le « feuille d'audience, qu'on peut demander à « s'inscrire, parceque ce sont là véritablement « *les actes du procès qui s'agite en cassation* » (suddetta quest. 865 bis).

Intorno a ciò che non può accettarsi querela di falso in Cassazione che non porti i suoi colpi sopra quegli atti che *sono necessarii al giudi-*

Digitized by Google

zio di sua competenza, mi giova ricordare una decisione richiamata dalla diligenza del CHAUVEAU, non propriamente perchè è una decisione, ma perchè è molto caratteristica. È stato dunque ritenuto che la iscrizione in falso contro un processo verbale di un dibattimento di Corte d'assise, non è ammessibile avanti la Corte di Cassazione se non *cadendo sopra atti la cui effimera esistenza ricopre la violazione di un articolo di legge da osservarsi a pena di nullità* (Cassazione francese, 3 ottobre 1822, *Journal Av.*, t. XXIV, pag. 208; Cassazione belgica, 12 luglio 1834).

Ma è forse la Corte di cassazione che giudica della querela? No: essa ne rinvia la cognizione a quell'autorità giudiziaria che deputa a ciò, di grado uguale a quella la cui sentenza è denunciata alla Corte suprema (MERLIN, *Répert.*, v° *Inscription de faux*, § 7, n° 3; DALLOZ, t. VIII, pag. 457; CHAUVEAU, loc. cit.).

Del resto è nella Corte un potere discrezionale, incontestabile, per concedere o negare il mezzo, in quanto essa riconosca la necessità o la opportunità, come per più decisioni della Cassazione di Francia fu dichiarato (CHAUVEAU, ibid).

Articolo 298.

La parte che intende proporre la querela di falso deve interpellare innanzi tutto l'altra parte se voglia o no servirsi del documento impugnato, con protesta che, se voglia servirsene, proporrà la querela di falso.

Articolo 299.

La parte interpellata deve notificare all'altra la sua dichiarazione, se intenda o no servirsi del documento prodotto.

Per questa dichiarazione il procuratore deve essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Annotazioni.

1. Dalla forma discretiva dei due articoli risulta abbastanza che alla interpellazione non occorre atto di parte; occorre bensì alla risposta che è decisiva, perentoria, e può esser funesta. Il termine alla risposta è indicata nel seguente articolo 301.

2. La interpellazione dev'essere pur semplice assoluta, comunque la legge non lo dichiari (DALLOZ, *Répert.*, v° *Inscription de faux*, n° 131). Eventuale, incerta, condizionale si ha come non fatta (Corte di Rennes, 16 agosto 1823, ivi). Che debba essere *specifica* la interpellazione, non credo; resta alla *querela* il debito di esporre i motivi, e quindi lo scopo speciale e la estensione della stessa querela (art. 301).

Pura e semplice sarà eziandio la risposta, senza ambagi, senza condizioni. L'Ordinanza del 1737, primo modello di questa istituzione, richiedevala *formelle*, *clare*, *sans équivoque*, *réserve ni condition; en un mot, par oui, ou par non.*

3. La dichiarazione negativa è irretrattabile, salvo la prova dell'errore di fatto (SERPILLON, JOUSSE, *Commentaire sur l'ordon.* del 1737, ecc.). All'incontro si ritiene con ragione potersi rinunciare ad una *dichiarazione affermativa*, alcuni dicono, *in qualunque tempo;* si può sempre, secondo essi, rinunciare all'uso della scrittura. Ciò era pure insegnato dagli illustratori della suddetta Ordinanza, e si ritiene dagli scrittori più recenti (DALLOZ, THOMINE, t. I, pag. 389; FAVARD DE LANGLADE, t. II, pag. 560). La facoltà risulta dal principio che ognuno può rinunziare al benefizio indotto a proprio favore. Nondimeno un limite ci deve essere; e non si può del tutto sfuggire alla regola che i documenti prodotti in giudizio diventano comuni. Avvertite che l'impugnante può avere un vero e reale interesse per toglier dal mondo e presto uno scritto che pesa continuo sopra di lui come una minaccia al suo onore o al suo interesse. Io non adotterei però un diritto illimitato di rinunciare al documento che si è dichiarato di voler usare, persistendo per un certo tempo, e con atti manifesti, in tale volontà. Io riconosco adunque la facoltà di rinunciare al documento all'effetto che sia espulso dal processo e si abbia come non prodotto, o come l'articolo si esprime — *si abbia per rigettato in quanto riguarda i contendenti* — riconosco tale facoltà sino al punto in cui *la querela di falso sia stata ammessa* (art. 305). Gli interessi si sono moltiplicati; la sentenza crea un rapporto giuridico affatto nuovo; come

ogni altra sentenza s'impugna coi mezzi che la legge addita e prescrive: è nato nell'altra parte il diritto di eseguirla. È quello il limite che io porrei. Sino al processo verbale si può rimanere con ragione esitanti; segnatamente se parlisi di coloro che non ebbero nella confezione materiale della scrittura una parte personale: eredi o successori singolari. Il processo verbale che descrive lo stato apparente della carta, le prove che devono accompagnarla (articolo 304) hanno già fatto conoscere quanto basta ad un giudizio onesto, ad un giudizio di buona fede; e chi dura nella ostinazione, non ha più scusa. Dopo la sentenza sarà mestieri l'assenso formale di amendue le parti. Ma non potrebbe recarvi impedimento il pubblico Ministero che credesse di aver acquistati dei diritti? L'argomento sarà riproposto nell'esame dell'art. 316.

4. *Dei caratteri differenziali che intercedono fra l'istituto della verificazione e quello del falso incidente civile.*

Da codesti articoli 288 e 289, e così dai successivi, noi vediamo che l'ordine rituale tanto prende una forma propria, tanto si diparte da quelle della *verificazione della scrittura*, che già rivela una differenza radicale nelle idee che vi presiedono. Le differenze d'ordine e di forma sono così descritte dal CARRÉ (*De faux incid. civil*, introduction): 1° Il giudizio di verificazione s'instituisce ad istanza di chi vuole servirsi del documento, non ad istanza di colui che lo nega o dichiara di non riconoscerlo. All'incontro il processo di falso incidente è tutto a cura di quello contro il quale è rivolto lo scritto; 2° Gli atti autentici non possono esser attaccati che mediante querela di falsità; 3° Dopo lo esperimento della verificazione può prendersi la via della querela di falso, non viceversa; 4° La querela trae con sè un carattere di gravità, annette alla procedura una importanza, una specie di solennità e un tal quale indirizzo di penalità che alla prima non conviene. L'idea di un reato risveglia delle apprensioni; la carta di cui al momento non si cerca l'autore, può metterci sulle tracce del falsario; quindi l'intervento del pubblico Ministero.

Il metodo della *negazione* è il più semplice, ed ha il grande vantaggio di rovesciare sulla parte contraria il peso della prova; imperò è il più usato e frequente, trattandosi di atti privati. Nondimeno il rimedio della querela è per se stesso così decisivo, fa una impressione tanto profonda, che qualche volta si antepone al metodo più semplice, ma che non ha la stessa efficacia.

Articolo 300.

Quando la parte interpellata dichiari di non volersi servire del documento, questo si ha senz'altro per rigettato in quanto riguarda i contendenti, salvo alla parte interpellante di trarne le induzioni che creda utili, e di fare le domande di danni che possano esserle dovuti.

Annotazioni.

1. Tutti i legislatori sistemando questo capitolo previdero che la produzione di un documento sul quale la fiera interpellazione e il docile abbandono hanno impresso il sospetto della falsità, poteva lasciare qualche vestigio utile o dannoso; sicchè il suo passaggio non fosse stato affatto indifferente. Gli altri Codici diedero facoltà all'interpellante di domandare la espulsione del documento, non avendo in vista che il suo proprio interesse (Codice di procedura franc., art. 217; siciliano, art. 319): l'ultimo Codice sardo nell'art. 403 aveva detto: « Si avrà senz'altro rigettato (il documento) *in quanto riguarda l'interesse* di lei (parte interpellante) »; ma ora invece diciamo: *in quanto riguarda i contendenti.*

Il motivo del cangiamento è che il documento è rigettato per amendue i contendenti, non per un solo, ALL'EFFETTO DELLA LITE; senonchè è salvo *alla parte interpellante di trarne le induzioni che crede utili, e di fare le domande di danni che possano esserle dovuti.* Il BONNIER (*des preur.*, n° 514) esaminando questo punto, non trova che un'osservazione: che il pentimento è poca cosa pel legislatore. « Jamais, aux yeux du législateur civil, le repentir n'a été considéré comme faisant disparaître la faute. » Sapevamcelo. Non ho veduto scrittore occuparsi di questa piccola clausola o riserva, ripetuta in ogni Codice. Può già credersi che il documento sia stato ritirato. Non essendosi cominciata la indagine giudiziale sul documento, la quale non comincia che dopo la dichiarazione di persistenza, non seguito il deposito in conformità dell'art. 302, si domanderà come mai potranno discutersi le

nuove pretese dell'interpellante senza aver sott'occhio il documento medesimo. Pensando però che la comunicazione deve aver avuto luogo giusta l'art. 167, il richiedente potrà presentarne la copia.

Quali induzioni potrà dedurne? Su quella carta reietta, presuntivamente condannata, si possono erigere ragionamenti, far delle chiose più o meno interessanti, partendo dal principio che il documento sia pure falso; e, se non altro, che la produzione è azzardata e temeraria. Voi avete portati dei testimonii per stabilire certi fatti che già erano toccati nella scrittura; più largamente sostenete con varii mezzi un sistema di difesa che tentaste di assicurare con una specie di colpo di mano, quando siete stato costretto di nasconder l'arma andacemente impugnata. Io ne cavo argomenti di ragione per combattere il vostro stesso sistema.

Danno? Ma qual danno, se voi avete già ceduto alla prima intimazione, e la produzione è rimasta priva d'effetto? Questo può essere per l'appunto una delle questioni: supponiamo che il giudizio abbia corso un certo stadio, che quel fantasma di scrittura, a cui da principio ho dovuto prestare una certa fede, mi abbia obbligato a fare delle difese, ad esibire degli atti dispendiosi, di cui in altro caso non avrei avuto bisogno; supponiamo di più, che per causa o in relazione a quello scritto, sino a quel punto non impugnato, siano nati dei decreti e risoluzioni di giudici qualunque siano.

Eccoci avanti due *quesiti* del tutto diversi, che si risolvono con principii pure diversi.

Il primo è regolato dalla teoria del danno: e le spese fatte *ex eo quod* produceste quello scritto, mi devono esser risarcite. Nulla di più semplice. Può accadere che dall'apparenza della scrittura il giudice abbia dedotte convinzioni che non avrebbe avuto, trovato appoggio ad accettare domande che sarebbero state reiette. Non si sarebbero ammesse prove testimoniali senza fondamento di prova scritta: ebbene questo si trovò in quel documento che fu impugnato e ritirato. Che fare? *Appellare* se la sentenza passò in giudicato, o *giudizio di rivocazione* (art. 494, n^i 2 e 4).

Ancora un'altra ricerca. L'azione del danno si esperimenterà avanti lo stesso tribunale o in giudizio separato? *A me pare un incidente dello stesso giudizio.*

Articolo 301.

Quando la parte interpellata dichiari volersi servire del documento, o non risponda all'interpellanza nel termine ordinario, l'altra parte, se persista nella sua istanza, dichiara con atto ricevuto dal cancelliere di proporre la querela di falso, esprimendone i motivi.

Per quest'atto il procuratore dev'essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Il documento impugnato rimane in deposito nella cancelleria.

Il cancelliere entro ore ventiquattro presenterà l'atto al presidente, il quale con decreto in fine di esso delega un giudice per procedere alla istruzione.

Copia dell'atto e del decreto è notificata all'altra parte.

Annotazioni.

1. *Termine.* Ravvicinando le osservazioni che si leggono nella Relazione PISANELLI, di cui non riporto il brano perchè in questo sarebbe inutile, si avrebbe che il progetto non assegnava termine all'interpellato a far valere il suo diritto di risposta; ma l'articolo dice letteralmente che deve farlo *nel termine ordinario*, cioè di giorni quindici.

Il termine è perentorio? La questione lungamente agitata sotto lo impero della Ordinanza del 1737 fu risoluta in senso affermativo. Regnando il Codice, alcune Corti di Francia non seppero piegarsi a tanto rigore. L'opinione più mite fu pure seguita da CARRÉ, quest. 873; da MERLIN, v° *Inscription de faux;* dal DALLOZ; altri si fece partigiano del rigore. Ciò poco monta: noi ci regoliamo più presto colla legge che colla dottrina. L'articolo 45 qualifica *perentorii i termini* alla cui scadenza è attaccata *la decadenza o la nullità.* Sono questi i termini che in principio *non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria* (articolo 46).

Nessun termine invece è segnato al querelante per introdurre la sua querela.

2. *Il tutore può credersi implicitamente au-*

torizzato a dare querela nell'interesse del pupillo? In questo proposito ha detto il CHAUVEAU: « Le même arrêt (decisione citata anche da DALLOZ, n° 30, e fu pronunciata dalla Corte di Tolosa nel 2 maggio 1837), « le même arrêt « décide encore qu'un tuteur autorisé par un « conseil de famille à poursuivre la nullité, « *l'est suffisemment par la même pour l'inscrire « en faux* ».

Osserviamo due cose: 1° *la qualità della azione introdotta;* 2° *la qualità della rappresentanza.*

È forse necessario che l'azione abbia qualcosa di affine, di analogo o correlativo, se anche vuol dirsi, colla natura di una querela di falso, affinchè il tutore possa tenersi, implicitamente e per conseguenza, autorizzato a promuovere la querela? Nel caso della sentenza di Tolosa trattavasi di *nullità;* e uno dei mezzi per giungere allo scopo della nullità la querela poteva essere senza dubbio. Ma dalla specie passando al genere, *in ogni causa* che il tutore promuove per autorità del consiglio di famiglia, s'intenderà implicitamente autorizzato ad attaccare un documento che gli si getta attraverso al cammino, con querela di falso? Ma lo fermamente lo credo, non tanto perchè chi vuole il fine vuole i mezzi (mentre saria facile il provvedere con un'autorizzazione a parte), quanto perchè la legge non avvisa che ad una sola e generale autorizzazione per ogni questione giudiziaria da promuoversi *quando non si tratti di azioni possessorie o di quistioni relative al conseguimento delle rendite.* Come mai due autorizzazioni per lo stesso giudizio? È forse la querela di falso così pericolosa al querelante come la è al querelato? Ma oltre ciò, avvi un argomento che chiameremo positivo, perchè desunto proprio dal testo della legge. Abbiamo veduto che il tutore può in determinati giudizi procedere senz'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ebbene, non potrebbe a domanda di rendite scadute contrapporsi una *falsa ricevuta?* E non potrà il tutore colpire l'iniquo scritto con una querela? Non eserciterà con ciò una difesa necessaria?

La rappresentanza del tutore è completa: la posizione giuridica del marito verso la moglie è tutt'altra; la sua superiorità sociale gli dà il potere di limitare l'esercizio di certi diritti di cui la moglie volesse far uso: la superiorità famigliare concentra in lui anche l'esercizio di certi altri; ma fermiamoci alla prima specie di diritti. In questo tema speciale della querela è stato detto: che il marito non può « valablement signer l'inscription de faux, « tant en son nom que en celui de son épouse, « parceque sa qualité do mari et de chef de la « communauté ne suffit pas pour agir au nom « d'une femme lorsque la loi exige un pouvoir « spécial » (CHAUVEAU, quest. 835).

3. *Forma della querela.* La parte in persona o il procuratore munito di speciale mandato si presenta al cancelliere, che stende un processo verbale. Si dettano al cancelliere i motivi ed egli scrive; e trattandosi di procuratore, i motivi sono inchiusi nel corpo della procura, il che mi sembra più regolare o almeno più sicuro.

Si devono *esprimer i motivi.* Ponete mente che codesto requisito è una importazione nuova, ignota a tutti i Codici di procedura anteriori.

a) Che intendiamo per motivi? Forse la specificazione di quelle parti dell'atto che si pretendono falsificate? Un documento può esser tutto falso, o solo in parte; là è falsificata o alterata una parola, una cifra; qua una firma. È necessario che la querela lo dichiari; specificazione che può venire senza improprietà nella forma *motivi.* (Il DALLOZ osservò con ragione che la querela non rende indivisibile il documento, *Répert.*, v° *Inscription*, n° 206.)

Anzi, quando si tratta di *falso materiale*, non saprebbe vedersi di quali altri motivi si potesse parlare. Le intenzioni, i fini e le cause di agire, o non hanno una determinazione influente in questo genere di falso, o vi sono estranie, ritenuta la qualità del giudizio, o è lecito ignorarle: per conseguenza la legge non può averne fatto una condizione della querela.

Ma *se trattasi di falso morale*, è manifesto per *motivi* non potersi intendere le indicazioni delle lettere, cifre e periodi soppressi, rasi, alterati, surrogati; i *motivi* saranno invece quei tali fatti la esistenza dei quali escluderà dalla narrazione della carta la verità, e mostrerà essere un tessuto di menzogne; fatti che necessariamente sono fuori della carta querelata, laddove attaccandosi il materiale, l'apparente, la forma meccanica, la censura cade sui difetti che cadono sotto la vista. Qualche schiarimento ce ne porge una specie decisa dalla Corte di Douai, 9 dicembre 1828, sull'appoggio della quale decisione dice il DALLOZ, che qualora la querela contro un testamento (per *falso morale*) si fondi, per esempio, sopra l'assenza di testimonii supposti presenti all'atto, non basta dichiarare che il testimonio o i testimonii non furono presenti all'*intera redazione;* se si sostenga che il testatore stesso non dettò la disposizione, non si deve limitare al fatto in genere, ma *devono indicarsi circostanze peculiari:* decisione che, quantunque molto speciale, ci apre l'intelligenza di quello che possono essere

i *motivi* in materia di falso intellettuale o morale.

4. *Alcune considerazioni di principii e d'ordine sulla querela per falso morale, detto ancora intellettuale o sostanziale.* Per ciò che riguarda la massima, la competenza dell'istituto che esaminiamo a comprendere questa sperie di falsità, non vi è proprio a dir nulla; non si vuol sollevare questioni inutili: già ne ho troppe per le mani di quelle che è debito mio di non lasciare inosservate. Un falso ne vale un altro: in qualsiasi modo o scrivendo od operando sia stata tradita la verità che giace mentita nello scritto, si tratta sempre di falso e di querela di falso. Ogni altra dottrina condurrebbe all'assurdo, e getterebbe un disordine profondo nelle nostre istituzioni.

Non di meno non ogni parte di questa procedura potrà ugualmente adattarsi a sì diverse dimostrazioni. Quando *quæstio est* di falso letterale stanno ottimamente le cautele dell'articolo 301, che non avranno poi luogo in materia di falso morale, dove non sono rancellature, interlinee, sgorbii o sovrapposizioni. La prova per periti non avrà luogo quasi mai. L'ordinario e supremo mezzo di dimostrazione contraria all'atto è la prova testimoniale. Quella prova testimoniale, sì poco onorata dalla fiducia del legislatore, costantemente posposta ad altre prove stimate più potenti, più sicure, è infine destinata a vincerle tutte portando la luce ov'esse fanno difetto! Tal è la natura delle cose che volontà umana non può cangiare!

Io non posso che toccare della varietà, render avvertiti gli esercenti del foro; l'esperienza potrà, io credo, presentare dei nuovi aspetti. Il caso potrebbe sembrare stranamente raro; poichè atti pubblici, testamenti della risma di quello di Villa-Hermosa, si lanciano a dirittura nelle fauci del leone, e non si sa come possano incontrarsi sul terreno civile. È rarissimo io pure lo crederei se tutti i documenti pubblici che s'impugnano con querela di falso incidente civile fossero falsi in realtà; ma è appunto il sospetto dei cattivi artificii della difesa che rende il magistrato guardingo nell'arrestare siffatte querele.

5. *Dell'accettazione della querela.* Quante disposizioni poco digeste sono affollate in questo art. 301! Le funzioni del cancelliere, le funzioni del presidente, il decreto, la copia e la notificazione del decreto sono riunite alla risposta o non risposta dell'interpellato, e alla querela; e lo stesso decreto del presidente con cui delega il giudice, pare una conseguenza semplice, piana e quasi naturale.

Cominciamo dall'avvertire i tre stadii marcatissimi di questa procedura, che in vero non possono confondersi, mentre ognuno è sormontato, dirò così, da una decisione.

Il primo è quello che io chiamo *accettazione della querela*; il secondo, *ammissione della querela*; il terzo, *definizione della querela*.

Siamo al primissimo stadio, all'ingresso. *Tutte le querele senza distinzione devono accettarsi?* Vale a dire, sopra ogni querela deve nascere *de jure il decreto, la delegazione; deve seguire il processo verbale* coll'intervento del pubblico Ministero, e portarsi la causa sino all'udienza ove l'autorità giudiziaria decide se deve o no ammettersi, e per quali motivi?

Scelgo una guida che sarà conforto a coloro che non si sentiranno disposti a giurare nell'autorità mia, il Bonnier. Ecco il suo punto di partenza: « Bien que la partie demanderesse n'ait pas encore proposé ses moyens, on reconnaissait autre fois, et on reconnait aujourd'hui au tribunal la *faculté de rejeter de plano l'inscription* » (Trait. des preuv., pag. 542, n° 546). Al n° 559 riassume il quesito, ampliandolo però e mostrandolo anche da un altro lato: « Ou se demande même s'il est toujours nécessaire d'ordonner une verification en forme, *et si les juges ne peuvent pas de plano admettre l'inscription ainsi qu'ils peuvent incontestablement la rejeter.* »

Il Bonnier ha cura d'indicarci la tradizione: preziosa, perchè dove la legge fu così poco sollecita, e continua ad esser sì poco sollecita di chiarirci questo punto, che è dei più rilevanti nella pratica, bisogna bene andar tesauizzando il passato e l'esperienza.

La giurisprudenza francese in due decisioni della sua Corte suprema, del 9 luglio 1839 e 1° aprile 1841, aveva respinto un ricorso onde si volevano annullate sentenze che, stimando il fatto quale si vedeva esposto nell'atto di querela messo a confronto cogli atti della causa, passò oltre senza neppure tener conto della fatta interpellazione, nè della citazione, nè del termine che quel Codice prefigge.

Lo spirito di questa istituzione del falso incidente civile discende, già lo dissi più volte, dall'ordinanza del 1737; noi non possiamo avervene importato uno diverso, noi che, diciamolo francamente, abbiamo avuto sempre così poco spirito nelle creazioni della procedura. Nella ordinanza era stata ingiunta la condizione dell'autorizzazione della querela; onde il giudice *avait toujours la faculté d'arrêter la procédure dès le premier pas.* Il Codice di procedura francese non trovò necessario di mantenere la condizione dell'autorizzazione

nella querela, che poteva negarsi, e con ciò escludere persino l'ingresso della procedura di falso; in questo il Codice fu più liberale dell'ordinanza, lasciando correre la domanda e permettendone più riposato esame. Ma finalmente lo spirito dell'originale istituzione non poteva tanto traslocarsi da' suoi principii da permettere ad ogni capriccio di querelante di fare una sì larga breccia nel processo. « Mais, « sono parole del BONNIER, de ce qu'ils (i re- « dattori del Codice) ont dispensé le deman- « deur de présenter tout d'abord une requête « *qui pourrait en définitive n'avoir aucune uti-* « *lité*, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient « voulu dessaisir le juge du pouvoir qu'il a « toujours de passer outre lorsqu'une réclama- « tion incidente *lui semble mal fondée.* »

Non è affare di lieve conto il primo movimento che conduce la querela; presidente, giudice, cancelliere, Ministero pubblico sorgono a quell'allarme; un processo verbale, notificazioni di atti e risposte: e intanto sospensione del merito. Tutto questo al buono arbitrio di chiunque!

Noi respingiamo con tutto il calore questa libertà di lanciare un'accusa temeraria contro un atto che forse non ha veruna delle colpe che gli vengono imputate. Rivendichiamo al magistrato la *facoltà dell'accettazione* o *della reiezione* della querela. Bisognano altre autorità? Invero la massima è comune negli scrittori e nelle decisioni francesi, che si possono citare a decine (*V.* CARRÉ, quest. 890). Porterò solo un passo del CHAUVEAU che s'inoltra in considerazioni pratiche: « Les tribunaux peuvent « refuser d'admettre l'inscription *par cela seul* « *qu'il leur est démontré que la pièce est sincère;* « *ils ne sont pas obligés, pour la reconnaître* « *telle, de se livrer à aucun des genres d'instruc-* « *tion indiqué par notre titre.* Ils peuvent s'en « tenir à ce que leurs propres lumières lui ap- « prennent, sur cette question. *L'inscription* « *de faux, en un mot, ne rend pas la pièce né-* « *cessairement suspecte à leurs yeux.* »

Dolenti ci volgiamo ai redattori del Codice: perchè, se così è, non ce ne avete detto qualche cosa? perchè il presidente comparisce un puro e semplice esecutore? (... presenterà l'atto al presidente, *il quale con decreto in fine di esso delega*, ecc.) perchè non gli venne attribuita la benchè menoma facoltà di esame? perchè non un tenue filo di procedura? Qual presidente si crederà di essere autorizzato ad esaminare la querela prima di accettarla? Egli dirà: si dia corso agli atti; sull'ammissibilità della querela il tribunale deciderà. Con questa legge alla mano, il discorso sembra ben ragionevole. E se tutti i Codici non fossero ugualmente silenziosi, e se nonostante il loro silenzio il principio non si fosse imposto colla forza della verità, bisognerebbe anche dire che il testo con quella sua forma scorrevole e disinvolta non dà presa a veruna limitazione.

Posta la base, dimostrato che il magistrato può dare o non dar corso alla querela, due indagini si presentano: 1ª *La facoltà di respingerla appartiene al presidente o all'intero collegio?* 2ª *Vi è forse un criterio giuridico normale per determinare quando sia accettabile o no la querela?*

Nelle decisioni si parla sempre di tribunali, di giudici collegialmente adunati; non mai di decreti, di presidenti o di un giudice. Si può osservare intorno a ciò che nella procedura francese non si vede dato al presidente verun incarico speciale in questa materia. Ma veniamo al fatto nostro. È chiaro ad ognuno che il procedimento che qui ha luogo innanzi il presidente, essendo peculiare allo istituto del falso incidente, non ha relazione di sorta coll'art. 181 e cogli atti preliminari e quasi graziosi che si fanno avanti di lui, in ordine ad ogni altro incidente. Il presidente emana il suo *decreto* sul ricorso, senz'assenso, senza contraddizione di parti. Il presidente accetta la querela? non ha che a delegare il giudice. Non l'accetta? rescrive sull'atto di ricorso non farsi luogo alla domanda. Ritengo insomma sia facoltà del presidente; sembrandomi evidente che quegli che ha competenza per accogliere, quegli ha competenza per rigettare. Non dubito che nell'uno e nell'altro caso si abbia diritto di reclamo al collegio che in fine in cosa di tanto rilievo è quello che decide.

Se si volesse dare sviluppo al secondo quesito, delle cose se ne direbbero troppe, e non poche inutili. Noi siamo obbligati a far discorso breve. Ciò che può forse dirsi di più interessante, è rammentare il diverso modo di vedere che si è cercato introdurre nella giurisprudenza sull'esercizio del potere discrezionario, che si vuole bensì concedere pieno e senza restrizioni in materia di falso materiale, ma si pretende meno libero in materia di falso intellettuale che non risulta all'evidenza degli occhi e tende di tanto a indebolire la fede dovuta ai pubblici ufficiali. « Mais (sentiamo anche queste parole del BONNIER e prendiamone insieme un notevole esempio), « mais il y a des « cas où le faux, *même intellectuel*, peut res- « sortir avec évidence des données de la cause, « ainsi que l'a décidé plusieurs fois la Cassa- « tion, notamment à l'occasion d'un testament « signé par un témoin qui, d'après les énon-

« ciations mêmes de l'acte, n'avait point as-« sisté à sa réception (Cassazione, 10 aprile « 1838). *Il n'y a donc point de différence, en « principe entre le faux matériel et le faux in-« tellectuel, sauf aux juges à user avec plus de « sobriété, quant à ce dernier, du pouvoir dis-« crétionnaire qui leur appartient* » (§ 559). Queste poche parole valgono, o rendono inutili per lo meno, molte pagine di un dottrinario.

Viene intanto a manifestarsi un terzo lato della questione. *Anche ammettere* si può la querela senza la lunga sequela degli atti che il Codice prescrive, quando la sua verità s'imponga addirittura colla forza dell'evidenza? Niuno potrebbe dubitarne. Senonchè nel doppio sforzo che facciamo di tracciare coi principii anche la procedura difettiva e scarsa, non è tanta la nostra voglia di finire questa stravagante nota, che non debbasi anche aggiungere qualche osservazione.

Un testamento ci viene opposto nel corso di un giudizio civile: da quel testamento in forma solenne si vuol desumere che io, che ho chiesto il pagamento dei fitti dei beni ereditarii, non sono erede. Il testamento però al senno mio prova meno che nulla. Perchè già prendendo in mano il testamento, dallo stesso risulta che uno dei testimonii necessarii all'atto non prestò la sua presenza. La querela tuttavia si richiede, poichè l'atto pubblico non può in altro modo impugnarsi; ma perchè dovrà passarsi attraverso ad un processo di verificazione con tutte quelle macchine che sembrano preparate a portare faticosamente in luce una verità sepolta nelle tenebre, mentre la verità si vede lì chiara e lampante? Che sarà allora mestieri? Le proscrizioni degli articoli 302, 303 e 304, che servono in massima parte alla custodia e conservazione del documento, dovranno praticarsi = *constare debet de istrumento:* appresso l'*autorità giudiziaria al primo esame può decidere senz'altro definitivamente sul falso*, ai termini e per gli effetti dell'art. 309. Insomma, lasciati tutti i tentativi, tutti gli esperimenti di prova che riempiono lo spazio dall'art. 306 al 308, decidere col criterio proprio.

L'importanza del tema, la grave risponsabilità che incontra lo scrittore che sembra quasi volere aggiungere alla legge, sorprendere i vuoti d'un sistema apparentemente compatto, quasi traslocarne le applicazioni, m'impongono di riportare una interessante dottrina del CHAUVEAU. Egli pure riconosce l'esistenza dei tre stadii distinti da noi enunciati con parole diverse: 1° *Qui admet ou rejette l'inscription de faux* (art. 301); 2° *Qui statue sur les moyens de faux* (ammette la querela) (art. 305); 3° *Qui juge le faux* (giudica il merito della querela (articoli 309, 310). Ma « *ils ne disent pas* « (gli arresti dello Corti che testè avea citati) « *que à chacun de ces degrès le juge ne soit pas « libre de prononcer sa sentence comme il le « trouve convenable*, seulement il ne peut pas « cumuler les trois degrés de la procédure, et, « par exemple, rejeter l'inscription en s'ap-« puyant sur l'inadmissibilité des moyens de « faux; ou bien admettre l'inscription et dé-« clarer en même temps les moyens de faux « non pertinents; en procédant ainsi, il excé-« derait ses pouvoirs, et jugerait une question « qu'il n'a pas été mis à même d'apprécier. Il « peut connaître les moyens de faux par ce « qu'il en a entendu dire d'avance; mais tant « qu'ils n'ont pas été légalement formulés sui-« vant les règles du Code de procédure il ne « peut juger de leur mérite. On voit donc que « c'est une pure question de forme que les « trois arrêts cidessus ont voulu décider, *et « nullement la question fondamentale de savoir « si les magistrats peuvent rejeter de plano « l'inscription* » (In CARRÉ, quest. 891 in fine).

Articolo 302.

Quando esista l'originale del documento impugnato, il giudice delegato, sull'istanza della parte, o d'ufficio, può ordinarne il deposito nella cancelleria nel termine che stabilirà.

Per il deposito si osservano le norme e cautele prescritte nel paragrafo precedente riguardo alle scritture di comparazione.

Se il deposito dell'originale non siasi eseguito o non possa eseguirsi, sull'istanza d'una delle parti, e sulla relazione del giudice, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti occorrenti.

Annotazioni.

1. Nell'art. 301 si suppone che il documento esista già in cancelleria *ove rimane in deposito* per effetto della querela. Già il documento si possiede dalla giustizia, che potrà farlo segno

delle sue investigazioni e delle sue censure. La produzione e quindi la comunicazione deve aver avuto luogo secondo gli articoli 166, 167: l'originale dev'esser sempre comparso nella cancelleria, la comunicazione può esser fatta dell'originale o della copia. Nondimeno questo articolo suppone a sua volta che l'*originale esista, ma fuori della cancelleria*, nella quale il giudice delegato ordina sia deposto. Ma parliamo noi di *scritture pubbliche* o di *scritture private?* Ciò domandiamo prima per determinare il valore di quel vocabolo *originale*. Nel Codice civile l'*atto originale* è quello che in certi paesi chiamasi *matrice*, quello in cui tutte le parti concorsero, che munirono della loro sottoscrizione, e lasciarono in perpetua custodia dell'ufficiale pubblico. Sta bene; fermiamoci un momento qui: *nella ipotesi cioè di una querela di falso incidente contro l'atto pubblico.*

I notai ne rilasciano copie autentiche: quelle che si portano in atti sono copie autentiche. I vizi della matrice od originale non si rilevano da esse copie. È da credersi che uno avrà potuto visitare l'atto stesso originale, saprà dove cadono le falsificazioni dell'atto, senzachè non potrebbe formulare la querela, non potrebbe cioè *esporre i motivi*. Il presidente che non vede l'*atto originale*, che non vede che la copia monda da ogni estrinseco vizio, che fa?

1° *In quello stato di cose ha egli facoltà di operare*, o *la operazione si concentra nel collegio?*

2° *Sarà richiamato l'atto dal pubblico depositario?* (uscrò questa qualificazione che è della legge).

Anche questo caso è preveduto, è realmente compreso nelle attribuzioni del presidente? Lo ritengo. Non parmi che veruna delle facoltà occorrevoli all'apertura del processo di falso incidente sia fuori delle attribuzioni del presidente: è il magistrato autorevole e prudente che regge i primi passi di questa procedura. Egli può, anzi deve, ordinare al depositario pubblico che gli si rechi l'originale dell'atto: facoltà che gli compete come ogni altra per lo eseguimento dell'uffizio suo.

Non è però questo l'*originale del documento* cui accenna il presente articolo, giusta il quale l'esistenza dell'*originale* non è che *eventuale* (*quando esista*). O si tratta dunque d'una scrittura nel genere suo compita, di una scrittura privata, essa non ha propriamente un *originale*, ma essa stessa è un originale; o può esser redatta, come dicesi, in più originali, e sarà questo il caso in cui si troverà utile ravvicinarli fra loro. Ma *originale* non potrebbe dirsi che con un linguaggio molto improprio e inesatto. Molto meno potrebbe chiamarsi *originale* l'abbozzo della scrittura che le parti sogliono tracciare talvolta prima di redigere l'atto nella sua forma definitiva, benchè in certi casi l'averlo sott'occhio possa influire a scoprire la verità. Ma non è possibile che questo sia l'oggetto che la legge viene coltivando con una certa insistenza.

Tornando un momento alle facoltà del presidente rapporto all'*atto originale pubblico*, si vedrà com'egli possa farne prudentissimo e commendevolissimo uso nei casi gravi e dubbii, rimettendo le parti a disputarne avanti il collegio previi quegli atti di cautela che stimerà convenienti.

2. Ora passiamo ad osservare i due capiversi dell'articolo.

Il 1° ci rimanda al titolo *Della verificazione delle scritture*. Il rimando è troppo vago: sembrerebbe che nell'indicato precedente paragrafo *Sulla verificazione delle scritture* esistesse già una disposizione accurata e precisa *sulle norme e cautele* da adoperarsi per custodire *le scritture di comparazione*. Niente affatto; le scritture di comparazione talvolta sono depositate e talvolta no; con quali norme, con quali cautele si fa questo deposito? Non si sa altro fuorchè il cancelliere ne rimane risponsabile (art. 289, capoverso).

Nel 2° capoverso s'insiste ancora sul *deposito dell'originale;* di questo benedetto originale che noi andiamo cercando d'indovinare. Una formola asciutta, inconcludente, dice qui: *l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti occorrenti;* ma siccome si adunano due termini opposti, *se il deposito dell'originale non siasi eseguito* (ma possa eseguirsi), o *non possa eseguirsi*, il giudice si troverà bene imbarazzato nell'abbondanza delle sue facoltà. È tempo di determinare la intelligenza del vocabolo *originale*.

Bisogna risalire un momento alla legislazione madre. L'art. 221 del Codice di procedura civile francese si esprime così: « *En cas qu'il* « *y a minute de la pièce arguée de faux*, il sera « ordonné, s'il y a lieu, par le juge commis- « saire, sur la requête de demandeur, que le « défendeur sera tenu, dans le temps qui lui « sera prescrit, *de faire apporter la dite mi-* « *nute au greffe*, et que les dépositaires d'icelle « seront contraints, les fonctionnaires publics « par corps, et ceux qui ne le sont pas par « voie de saisie, amende, et même par corps, « s'il y échêt. » Tali minute non sono altro che le *matrici* dalle quali è tratta la *spedizione* prodotta, come spiega a questo luogo il CARRÉ:

« L'intérêt qu'il y a de rapprocher *les minutes* « *de l'expédition lorsque celle-ci est supçonnée* « *de faux.* » Interesse immenso, come ognun vede, quando si tratti di una *spedizione*, cioè di una copia autentica rilasciata da un ufficio o da un funzionario qualunque: e può apparire in due aspetti assai diversi. Perchè o la copia stessa è attaccata di falso come copia, la comunicazione dell'atto originale risolverà la quistione; o nell'attaccare la copia autentica hanno voluto colpirsi i vizi e le falsità dell'originale, attaccando così la convenzione nella sua stessa esistenza, eccoci ancora al bisogno dell'originale.

Ora abbiamo una scorta positiva e certa per farci un'idea precisa di *questo originale*, possibile, eventuale, non necessario, eppure tanto importante.

Non si tratta dell'originale atto pubblico notarile che è sempre là al suo posto, sempre pronto (toltine eventi fortuiti, disgraziati); trattasi di quegli originali, a così dire, vaganti, che o sono presso un funzionario pubblico, il quale non ha dalla legge l'obbligo positivo e rigoroso di conservarlo ne' suoi archivii, o sono anche in mano a privati, benchè rapporto a questi ultimi sia difficile a concepirsi come la copia (se copia è, e non un altro originale) abbia potuto presentarsi in giudizio a far prova.

Noi siamo nell'ipotesi che questo documento, che il giudice ordinò di depositare, non siasi voluto o potuto, e non possa in verun modo prodursi perchè non esiste.

Il *capoverso* dice semplicemente all'*autorità giudiziaria*, cioè al consesso giudicante, provvedete.

I casi sono molto diversi: si resiste all'ordine del giudice, gli si nega obbedienza, si ricusa di produrre la carta senza giusto motivo. Dovranno forse applicarsi i mezzi coercitivi ordinati dagli articoli 287 e 288? Perchè non dovrebbe agirsi in ugual modo se il caso è precisamente quello? Ma, se mi regga la pazienza in questo esame, domanderò al dotto redattore di questo titolo, che merita per altri rapporti tutta la nostra riconoscenza, perchè non ci abbia dato un cenno espresso di rinvio a quelle disposizioni, specialmente che sono penali, non facilmente applicabili per induzione?

Nel caso opposto che l'originale sia divenuto impossibile, il *provvedere* non significherà altro fuorchè o il mandare avanti la verificazione senza l'originale, o decretare che essendo necessario e non potendosi dall'attore produrre, la questione incidente è finita, e si passa al merito. Che *avverrà allora del documento impugnato?* Quantunque non possa dichiararsi falso, potrà esser rigettato, quando non si tratti di *atto pubblico*, di atto per sè provante, di che riserviamo alcune considerazioni non prive di interesse, all'art. 305.

Articolo 303.

Sull'istanza d'una delle parti è citata l'altra a comparire davanti il giudice per essere presente al processo verbale, che sarà fatto per assicurare l'identità e lo stato del documento.

Se sia stato eseguito il deposito dell'originale, è fatto processo verbale dello stato sia dell'originale, sia della copia.

Articolo 304.

Nel processo verbale debbono descriversi le cancellature, aggiunte, interlinee, ed ogni altra particolarità. Esso è fatto in presenza del ministero pubblico.

Con lo stesso processo verbale il giudice stabilisce il termine entro cui la parte che impugna il documento dovrà, sotto pena di decadenza, dedurre le prove del falso, e il termine entro cui l'altra parte dovrà notificare la sua risposta, con assegnazione della causa a udienza fissa sull'ammessione dei motivi della querela di falso, e delle prove sulle quali si fonda.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai loro procuratori, dal giudice, dal ministero pubblico, e dal cancelliere.

Il documento impugnato è pure sottoscritto dal giudice, dal ministero pubblico, e dal cancelliere.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. La citazione che si fa da una all'altra parte per esser presente al processo verbale è descrizione del documento, è una comunicazione completa, e non impedisce *la visione in cancelleria* che qualche altra volta abbisognasse di fare.

2. L'art. 304 è una buona legge; si associa ad altre disposizioni ugualmente buone. *I motivi della querela furono contemporanei alla querela;* furono notificati insieme al decreto del presidente (art. 301). Ora si tratta invece *delle prove diverse*, inginnzioni che si esauriscono con un solo decreto, onde mirabilmente si semplifica questa parte della procedura senza nuocere alla difesa.

Articolo 305.

L'autorità giudiziaria nel pronunziare sulla querela di falso può ammettere anche in parte i motivi della medesima, e riserbarsi di pronunziare sugli altri dopo la prova degli ammessi.

I motivi ammessi sono indicati nel dispositivo della sentenza.

Annotazioni.

1. *I motivi per ammettere la querela* allo esperimento della prova, *non sono i motivi per dichiarare il documento falso.* I primi non sono che robusti indizi e cause gravi di sospetto: i secondi sono enunciazioni di fatti verificati. L'andamento della legge è cauto e pieno di prudenza. Parte dei vizi di cui l'atto è accusato possono rivelarsi con una certa chiarezza al giudizio preventivo degli occhi, se le alterazioni dello scritto si manifestino. L'autorità giudiziaria preliba, previene, in certo modo, l'opera dei periti. Più serio è l'affare quando il vizio non è apparente: e bisogna prima avere esperimentata la prova per sapere se l'accusa abbia pure principio d'esistenza.

È manifesto che in fatto di scritture private il problema che si affaccia alla saggezza pratica di un tribunale, è assai meno arduo. La sua efficacia provante consistendo in gran parte nel non esser contraddetta, la prova contraria per dimostrarne la intrinseca od estrinseca falsità, troverà sempre minore resistenza che non dove si tratti d'atto pubblico. Nondimeno la prova testimoniale che finisce coll'essere la prova degli atti più importanti e terribili della umana vita, la prova testimoniale sarà ammessa ad accertare la falsità intrinseca dell'atto pubblico; e la materia dei capitoli in quanto sia accurata, lealmente esposta, circostanziata, verisimile, concludente, determina la nostra convinzione.

2. *Della condizione dell'atto pubblico sotto una querela di falso civile.* L'art. 1317 del Codice civile pone dapprima il dogma della verità presuntiva dell'atto pubblico; indi lo considera alle prese, diremo così, con una querela di falso, penale o civile. « Nel caso di querela di « falso in via penale, la esecuzione dell'atto « impugnato per falso *viene sospesa col man-* « *dato di cattura;* sino a che non sia rilasciato « il mandato di cattura, e *nel caso di querela di* « *falso in via civile l'autorità giudiziaria può,* « *a norma delle circostanze, sospendere tempo-* « *raneamente la esecuzione dell'atto.* »

La legge nel determinare i limiti a questa forza imponente dell'atto pubblico non aveva bisogno di dire, o disse implicitamente che avrebbe potuto anche mandarsi ad esecuzione colle dovute cautele, eziandio pendente il giudizio incidentale della querela.

Non vi è dunque contraddizione che la stessa sentenza ammetta la querela ed ordini la esecuzione dell'atto pubblico sotto cauzione.

Ciò fu già stabilito nel diritto romano. « Satis « aperte divorum parentum meorum rescriptis « parlava l'imperatore Alessandro Severo) de- « claratum est, quum mutandæ solutionis gra- « tia, a debitore falsi crimen objicitur, nihi- « lominus, *salva executione criminis debitorem* « *ad solutionem compelli oportere.* » Nell'articolo 29 del titolo II dell'ordinanza del 1737 si leggevano queste parole: « Le juge peut or- « donner que, par provision, l'acte contre le- « quel l'inscription de faux est formée, sera « exécuté à caution. »

L'autorità giudiziaria sembra dunque investita del più ampio potere discrezionario, essendo lasciata arbitra prudente delle circostanze di fatto ch'essa sola può valutare. È singolare e può fare una certa maraviglia che, mentre in criminale si prefigge il punto prima del quale e sino al quale l'atto incriminato conserverà tutta la sua forza, in civile la facoltà inibitiva del giudice non sia frenata da limiti o

condizioni. Tuttavia il giudice dovrà prender lume, io credo, da quello stesso criterio che condusse il legislatore a decidere che *appresso il mandato di cattura* la esecuzione dell'atto viene sospesa; e farne argomento che ben gravi e fondati sospetti di falso devono concorrere per ordinare la sospensione dell'atto pubblico. È certo che la legge non attribuisce in verun luogo all'atto semplice della querela un simile effetto; benchè, secondo le circostanze, possa tenersi in sospeso la procedura: la qual cosa ho debito di chiarire, e lo farò indicando posizioni le più comuni e appellandomi al senso pratico.

Tizio ha istituito giudizio in forza di un patto compreso in un pubblico rogito non munito di formola esecutiva, e domanda la risoluzione di un contratto per inadempimento di obbligazioni. Querela di falso. Si tratta di una causa ordinaria, di una causa che non ha carattere d'urgenza, e di una questione seria in se stessa. Delegato il giudice, il processo verbale viene colorando il sospetto della falsità. Si proseguono le operazioni; si pronuncia sulla querela in senso di ammissione a forma del presente art. 305. Nulla si pronuncia sulla sospensione del documento; ma intanto se l'attore senta il prurito di riassumere il merito, gli sarà opposta la pregiudizialità della procedura di falso, e sarà arrestato nel suo moto imprudente.

Paolo possiede un rogito munito di clausula esecutiva che gli dà diritto a domandare le pensioni d'affitto scadute, malgrado qualunque eccezione. Egli è anche proceduto sino ad un certo punto degli atti esecutivi. Il debitore lancia una querela di falso contro quel rogito. Gran mercè se questa tattica fosse fortunata e diventasse comune! È molto probabile che l'autorità giudiziaria trovi esser questa *une chicane* insopportabile, e respinga tosto la querela. Poniamo invece non la reputi priva del tutto di fondamento, e lasci aprire la procedura di falso. Ma giunta al punto segnato da questo articolo ordina che il rogito avrà la sua esecuzione previa cauzione. Posizione diverse, e buone entrambe le determinazioni del tribunale.

Io ritengo che prima di essersi fatto un saggio assai rimarchevole delle prove del falso non si potrà, non si dovrà mai emettere una dichiarazione formale di sospensione dell'atto pubblico.

3. *Ammettere in parte i motivi* significa *ammettere in parte i mezzi* che la querela propone a titolo di prova; i periti e non i testimonii, aspettando l'esito di una prova che può esser decisiva; o nel presagio, che se non riesce il primo mezzo d'esperimento, l'altro tornerà vano: facoltà che hanno i giudici in ogni caso di verificazione scritturale.

Articolo 306.

Quando debbano esaminarsi testimoni si presentano loro i documenti impugnati, e le carte di comparazione. Di ciò è fatta menzione nel processo verbale, osservale nel resto le disposizioni contenute nel paragrafo 3 di questa sezione.

Se i testimoni nell'atto della deposizione presentino i documenti, questi si uniscono all'esame dopo essere stati sottoscritti dai medesimi, dal giudice, e dal cancelliere. In questo caso si consegnano ai testimoni le copie dei documenti da essi presentati, certificati dal giudice, e dal cancelliere.

Finita la procedura di falso, il presidente sulla domanda dell'interessato ordina la restituzione dell'originale, e la sostituzione della copia nel processo verbale dell'esame.

Le spese sono anticipate dalla parte che propose la querela.

Annotazioni.

Sull'esame dei testimonii istrumentarii. Anche i *testimonii istrumentarii* possono assumersi a danno e rovina di quell'atto solenne, apparentemente così solido ed inconcusso, nel quale intervennero a completarne la fede? Quale illusione sarebbe adunque un atto pubblico e le guarentigie che lo circondano! La prova testimoniale inabile a misurarsi colla potenza di lui, la prova testimoniale arbitra in fine della sua esistenza! Noi abbiamo segnalato anche altrove la singolarità di un fenomono che mostra quanto la forza delle cose riesca a trionfare di ogni sistema artificiale il meglio composto.

Digitized by Google

Di presente non restringiamo le nostre osservazioni alla meschina periferia di un falso incidente civile. Per non esser fuori dell'argomento basta che anche in simile giudizio possa attaccarsi con questo metodo un istromento pubblico; l'articolo ce ne assicura; gli scrittori di procedura, prendendo come respiro dalle consuete fastidiose ricerche, esaminano questo tema elevato. Io mi guarderò dalla tentazione di ampliarlo; non dirò una parola di più del bisogno; in questa scrittura rinunzio ad ogni diletto della mente; lo so che debbo esercitarmi nella pazienza.

Il sistema della legalità parve in certi periodi riuscir vittorioso, sorretto da argomenti invincibili! La deposizione dei testimonii istrumentarii, si diceva, deve rigettarsi; essa è già nulla di vizio intimo e radicale prima di essere assunta. Essa non aggiunge forza all'istromento, se non fa che confermarlo; non lo distrugge, se ne combatte le affermazioni. Allora il testimonio, rivestito di un carattere legale, esercente una funzione pubblica e sociale, cittadino sciente dei proprii doveri, concorse a suggellare la fede di un atto solenne; ora privato e fedifrago, col peso sulla coscienza di un giuramento già prestato, che viene a fare, qual fede crede di meritare, cambiando linguaggio e mettendosi al servizio di qualche privato interesse? Allora egli era un uomo onesto, in quest'apparenza fu ricevuto testimonio, fu creduto: appena apre la bocca per contraddirsi non è più che uno spergiuro, uno spergiuro in ogni modo; la legge deve respingere con indignazione l'impostore che o ha ingannato allora o inganna addesso; vile e senza coscienza, non avrebbe dovuto concorrere ad una frode, ad una falsità, se tale fu quella; avrebbe dovuto avere il facile coraggio, la virtù, d'altronde volgare, di astenersi da una cattiva azione. Costui adunque non può esser testimonio, non dev'essere ascoltato. Era un bel tema alla eloquenza degli oratori del pubblico Ministero, e si ricorda fra gli altri l'avvocato generale Séquier che l'adoperò con successo (Bonnier, pag. 554).

I grandi interpreti del diritto romano, che non si lasciavano mai rapire da un sentimento, comunque generoso, avevano insegnata la sentenza opposta. Cujaccio disse: « Adversus testi« monia interrogentur testes ipsi quorum sunt « testimonia; et testimoniis fides non habeatur « nisi eis suffragetur vox testium ipsorum » *Observation.*, lib. XVI, cap. 35 (*). — Gotofredo alla Leg. 1 Cod. de testib.: « Idem testes qui « in instrumento interfuerunt, eius falsitatem « possunt arguere ». Perchè? Perchè si ritiene *non esista ancora piena e perfetta la testimonianza loro*, di cui sono guarentigie la interpellazione del giudice, il giuramento solenne, la riscossa della coscienza, la escussione diretta precisa e studiosa ad uno scopo ben chiaro e determinato, il vario interrogatorio delle parti, il richiamo avvertito e specifico sui fatti precedenti, la restituita libertà della parola, il soccorso eziandio di circostanze nuove, di documenti, di confronti, ecc. Se da un lato è dell'interesse generale che gli atti pubblici non vacillino facilmente sulle loro basi, è altresì, e molto più ancora dell'interesse generale, che non si possa insinuare negli atti più importanti della vita civile ogni sorta di frodi e annidarsi impune sotto il capace manto della forma; anzi l'atto pubblico è rispettabile e sacro, in quanto la sua intima onestà e veracità è protetta dalla legge colla stessa querela di falso; se l'atto pubblico non potesse esser attaccato di falso, se fosse considerato come un ente impeccabile e superiore alla critica, la finzione della legge, essendo contro natura, non varrebbe che a screditarlo; il dover rispondere innanzi ad un'accusa terribile, lo mantiene rispettoso di sè e cauto nella sua formazione; alla comune onestà dei pubblici ufficiali si aggiunge il salutare terrore delle leggi penali. Se i testimonii viventi dell'atto non potranno sentirsi contro l'atto stesso, ecco ogni guarentigia sparire dall'atto pubblico, la frode inaccessibile; il vero che si finge nell'interesse dell'astratta teoria diventare una menzogna reale, il vero presunto abbattere la verità effettiva, chiusa al pentimento la via, la impu-

(*) Fra *testimonia* e *testes* si faceva talmente distinzione che è già celebre il detto di Adriano al proconsole Ruffino — *Se testibus sed non testimoniis credituram.* — Altrove l'imperatore ritorna più chiaramente sulla distinzione: Alia est auctoritas *praesentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent*, e così in altri passaggi riferiti da Callistrato, fram. 4 de testib. Meglio ancora spiega lo stesso Cujaccio che richiama un'addizione interpretativa tolta specialmente dalla basiliche: *ut scilicet credatur potius vicv voci testium quam testimoniis, id est, dictis testium recitatis ex scripto*, ut Leg. 3, § idem divisus et sequ. Deod.; *ut adversus testimonia*, etc., e segue il passo trascritto nel testo. *Testimonia* sarebbero le stesse scritture in cui si leggono molte cose forse non vere, forse raccolte ad inganno o senza cura e alla peggio, che esposte ad una revisione e sotto una critica ragionata e saggia potrebbero sfuggire alla storia e rimanere lettera morta. Cujaccio ferma qui anche la differenza *memoriæ tenenda* fra quegli istrumenti dei quali si nega recisamente la fede mediante giudizio di falso, da quelli che non si attaccano per falso. « At contra alia instru« menta *de quorum fide nihil dicitur*, placet testes non « audiri, alioqui nullus erit probationis finis exitusque « certus, etc. » *Observ.* detta.

nità assicurata. Solo nel sistema artificiale e impotente della prova legale, il famoso ragionamento del doppio spergiuro e dell'uomo che mentisce o prima o dopo, potrà essere accolto con ardore; nel sistema della oralità e della convinzione morale non ha più forza; se il testimonio non è che un impostore, sarà ben presto scoperto e punito, ma quante verità possono venire in luce; quali empii misteri può nascondere il rogito di un notaio! Nell'antico sistema il testimonio era *pregiudicato*, cioè giudicato in anticipazione e respinto. Noi che facciamo invece? Non giudichiamo di nulla prima del tempo; lasciamo ai mezzi che ci possono condurre alla verità liberissimo sfogo; si dice: badate, voi non dovete occuparvi di conoscere la verità perchè ad ogni modo gli istrumenti di cui potete disporre sono poco abili; ma invece ci riserbiamo di esaminare dopo il processo se i mezzi che abbiamo raccolti siano abili o no; se abbiano o no prodotto effetto uniti agli altri mezzi ed argomenti che avremo forse potuto riunirvi; il sistema legale è l'autorità, che intende privarci del diritto d'esame; il sistema della convinzione morale è invece il diritto d'esame, l'applicazione della critica ai fatti richiamati alla vita della discussione, il giudizio insomma reale e concreto. « *De singulis circumstantiis testes inquirens,* « *de causis videlicet, personis, loco, tempore,* « *visu, auditu, credulitate fama et certitudine* « *cuncta plane circumscribens* » cap. XXXVII extra de testam.

Gli scrittori possono dividersi in due serie: gli antichi sino a MERLIN sono conservatori. Il Codice di procedura civile francese cominciò a dissipare le dubbiezze; la giurisprudenza con esempi continui che possono vedersi in CHAUVEAU, quest. 926, in DALLOZ e in tutte le collezioni, finì col far trionfare l'idea nuova che trovava un appoggio positivo nell'indicato Codice. Dal punto che poteva sentirsi come testimonio ogni cittadino che non fosse in condizioni vietate, dacchè su questo punto non ci era divieto, ogni polemica era finita. Il Codice fece omaggio ai principii della ragione. Il celebre presidente FABRO aveva detto: « *Cum* « *vix nisi per testes falsitas probari possit,* « *mavis est ut testibus instrumentariis quam* « *notario vel instrumento credatur, si vel* « *omnes vel majori ex parte ab instrumentis* « *scripturæ dissentiant* » (Tit. 4, ad Leg. Cornel. de fals., Disc. 3). È la vera dottrina. Una decisione della Cassazione francese del 12 marzo 1838 (*V.* CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 926) la consacrò in modo tanto solenne, che non ci fu più luogo a contrasti; il BONCENNE (Tom. 4, pag. 112 a 126) riconosce che per essa è fissata la giurisprudenza.

Nulla è impedito, e nulla è imposto ai giudici. I savi magistrati lo considerino bene. Le circostanze sono indefinite: li guidi la prudenza e il tatto pratico. Andiamo cauti, circospetti e lenti; ed io non saprei esprimermi meglio che la ricordata decisione non abbia fatto; io depongo qui colle sue stesse parole un avvertimento memorabile: « Qu'à la vérité, les juges ne doivent user de ce pouvoir « qu'avec une extrême circonspection, dans « des cas particuliers et ainsi fort rares; car « s'il est possible que les dépositions judiciaires assermentées, par lesquelles les témoins « testamentaires rétractent ce qu'ils ont précedemment certifié par leur signature dans « le testament, ne soient qu'un hommage franchement rendu à la vérité, il est possible « aussi qu'elles soient l'effet de la surprise et « de la subornation. Mais le refus absolu fait « aux juges du pouvoir d'apprécier ces dépositions pourrait donner lieu à des conséquences désastreuses par des tiers, auxquels, malgré leur intérêt, il pourrait être impossible « de se procurer, hors les témoins instrumentaires eux-mêmes, aucun élément pour prouver le faux dont le testament est entaché. »

Articolo 307.

La prova per mezzo di periti si fa nella maniera seguente:

1° Le scritture di comparazione sono proposte d'accordo delle parti, o designate dal giudice a norma dell'articolo 286;

2° Si consegnano ai periti i documenti impugnati, il processo verbale comprovante il loro stato, la sentenza che ha ammesso i motivi di falso e ordinato il giudizio dei periti, e le scritture di comparazione.

I periti dichiarano nella relazione di aver ricevuto ed esaminato questi atti, e sottoscrivono i documenti impugnati.

Se i testimoni abbiano unito documenti alla loro deposizione, la parte può

richiedere, e il giudice ordinare, anche d'uffizio, che i documenti siano presentati ai periti.

Si osservano nel resto le norme stabilite nel paragrafo precedente.

Annotazioni.

1. È ingiunto di presentare ai testimonii i *documenti impugnati e le carte di comparazione* (art. 306). Non può che giovare. Quanto ai periti è assoluta necessità; non potrebbero altrimenti compiere l'ufficio. Onde ritengo che il mancarvi nel 1° caso non porterebbe nullità, ove non si trattasse proprio di un esame applicato al materiale della scrittura: nel secondo caso si avrebbe nullità evidente per l'art. 56, capoverso 1°.

2. L'uso dei mezzi del falso, la loro distribuzione, la loro economia è nelle più preziose facoltà del giudice. I periti possono sentirsi o indipendentemente dai testimonii, o *dopo i testimonii;* come da questo articolo è manifesto.

3. Il metodo della verificazione è ordinato dall'autorità giudiziaria (art. 305). Si è visto che è in sua facoltà *ammettere anche in parte i motivi* (*idest* i mezzi) *della querela, riservandosi di pronunziare sugli altri.* Ciò importa una nuova pronunzia, *non del giudice delegato,* ma *della stessa autorità giudiziaria.* Se non si fosse che ammessa la prova testimoniale, si dovrà far destinare una nuova udienza onde sia ammessa la prova peritale, o dapprima sia stata chiesta, o non chiesta ancora ove se ne giustifichi la concludenza; e potrà involgere non tenui questioni.

4. Come le *scritture di comparazione* possono *esser designate dal giudice,* ne segue non essere necessario che il collegio le preordini: il giudice ha la sua norma indeclinabile nell'art. 286. Un ricordo storico finirà di convincerci di questo diritto del giudice delegato. L'Ordinanza del 1737 (Tit. 4, art. 19. Tit. 2, art. 36) dichiarava espressamente che *le juge-commissaire* aveva tutte le facoltà per ammettere o rigettare i documenti comparativi.

5. *Le scritture di comparazione possono esser a lor volta attaccate di falso?* Contro la sentenza affermativa non veggo sollevarsi argomento meritevole di serio esame. Non si può dir altro di questo in fuori, che se anche le scritture di comparazione potessero esser così impugnate, non si finirebbe mai più; e si potrebbe intrecciare un bel giuoco di rinascenti e studiose impugnative. L'inconveniente è possibile; dipende dai giudici il non dar tempo a manifesti intrighi: ma sarebbe assai peggio accogliere elementi falsi quali istrumenti alla scoperta del vero (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 935 bis). « L'intérêt de la célérité est grave, « notava BONNIER, *mais on ne doit pas lui « sacrifier celui de la vérité.* »

6. *Della prova per titoli o documenti.* Quando la legge dettò le sue norme per la verificazione delle scritture, propose nell'art. 284 tre mezzi. Il primo — *documenti.* Quantunque il presente capitolo non accenni *a prova per documenti,* chi mai si attenterebbe di escluderli? « La « preuve par titres est extrêmement simple, « dice BONNIER, lorsque des actes non suspectes « établissent un fait qui détruit complètement « la vérité des allégations de l'officier public, « comme *un alibi,* le faux est démontré de la « manière la plus palpable, c'est ainsi que les « énonciations d'un acte de naissance ont été « victorieusement contredites par la teneur « d'un acte de mariage non contesté (Cassazione francese, 13 dicembre 1842).

7. *Se la prova per titoli escluda le testimonianze e le perizie.* Se trattasi di falso scritturale, è ben raro che un documento pubblico, incontestato, muti ad un tratto tutta la questione, e vi porti una luce irresistibile. Per lo più i documenti anche i più perfetti varranno quai mezzi di comparazione.

Articolo 308.

Quando risultino dal procedimento indizi sufficienti di falso, se gli autori o complici siano viventi, e l'azione penale non sia estinta, l'autorità giudiziaria ordina che si proceda a norma del codice di procedura penale, rilasciando, se ne sia il caso, mandato di cattura.

Per effetto di questa sentenza la causa civile è sospesa sino a che siasi pronunziato definitivamente nel giudizio penale, salvo che l'autorità giudiziaria creda che la causa o alcun capo di essa possa essere deciso indipendentemente dal documento impugnato.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Siamo alla fine del processo di falso incidente; siamo alla conclusione. Se ci fu esame di testimonii o perizia, o l'uno o l'altra, i relativi processi verbali *saranno stati dati in comunicazione*, e si avrà un termine alla risposta. Come in più luoghi si è dovuto avvertire, la nuova procedura è avara d'indicare le norme di codesti passaggi; ma parlando *e dell'esame e della perizia* abbiamo fatto conoscere ciò esser necessario seguendo la pratica nata dalla precedente legge, ed anche in generale il sistema del Codice. Resta pure a sapere, compito il processo, come si porti la causa al tribunale che deve pronunziare sul merito della querela. Il Cod. di proced. del 59 non lo dimenticò. « Compiuta l'istruzione dinanzi al giudice « commesso (diceva l'articolo 420) avrà luogo « quanto viene prescritto dall'art. 371, » al quale era consegnata la regola sopra accennata. Facile è il pensare, che trascorsi li 15 giorni, si fa destinare l'udienza del collegio. La cosa resta un po' dubbia pei francesi; per noi, si dirà, non c'è legge; di fatti abbiamo d'uopo di volgerci alla precedente ritenendola conservata, se non altro dalla ragione che fece dire a THOMINE (Tom. 1, pag. 415) *que s'agissant de cause infiniment grave, on ne peut refuser au défendeur la faculté de faire des observations sur l'enquête ou sur l'expertise;* ed a CHAUVEAU: *il est hors de doute, que celui qui veut poursuivre l'audience doit commencer par signifier à son adversaire copie du rapport* (noi diciamo semplicemente *dare in comunicazione*) *du procès verbal d'enquête, et même de contre-enquête, s'il en a été fait une et qu'il veuille s'en prévaloir* (e così della perizia).

2. Compito il processo e ogni cosa ponderata, varie maniere di giudizio sono aperte al tribunale: 1° *Dichiara essere risultati sufficienti indizi di falso; rimette la causa al criminale, sino al cui esito sospende la causa civile;* 2° Così sentenziando nella prima parte, *ordina che la causa civile sia proseguita potendosi giudicare senza il documento, trovato falso;* ovvero potendosi alcuni capi della causa decidere; 3° *Ordina la riforma o rinnovazione del documento* (art. 309), sospendersi la causa sino alla rettificazione della prova e proseguirsi pei capi indipendenti; 4° Rigetta definitivamente la querela di falso.

Questioni. — *a) Sul mandato di cattura.* L'art. 239 del Codice di procedura civile francese attribuisce al presidente queste facoltà: « le président délivrera mandat d'amener con- « tre les prévenus, et remplira, à cet égard, « les fonctions d'officier de police judiciaire ». L'art. 463 della procedura modificò in qualche parte la disposizione, non però nella sostanza; trattavasi soltanto che l'ufficiale del pubblico Ministero o lo stesso presidente trasmetteva gli atti al procurator generale; ma il presidente poteva tuttavia rilasciare *mandato d'accompagnamento* (traduzione ufficiale pel regno d'Italia). Il nostro articolo è più severo; noi conosciamo anche il mandato *di comparizione* (art. 180 della nuova procedura penale); ma no, è proprio il *mandato di cattura* che l'autorità giudiziaria (l'intero collegio) ha facoltà di rilasciare. Credo non occorra avvertire che l'istanza dovrà farsi dal pubblico Ministero, che secondo l'art. 318 è sentito prima di pronunciare qualsiasi decisione. « Il mandato di cat- « tura » (mi si permetta trascriverne la nozione dall'art. 181 Cod. proc. pen.) « *il mandato di cat- « tura* è l'atto che ordina di procedere all'ar- « resto dell'imputato, e di farlo tradurre nelle « carceri per essere interrogato dal giudice « come sopra, o perchè il corso dell'istruzione « rende necessaria la sua detenzione. » Due leggi nuove, uscite a così breve distanza l'una dall'altra, saranno state senza dubbio messe in armonia fra loro. Esaminato quest'ultimo Codice, non si trova di fatti incompatibilità fra il presente articolo e le disposizioni di quello. La legge considera come portato a certa maturità il processo di falso; e siccome tutti codesti atti fatti in giudizio civile sono istituiti avanti giudice competente nel concorso del pubblico Ministero e nel continuo contraddittorio delle parti, vi è più che bastante guarentigia sì per la grave risoluzione di un mandato d'arresto, che per lo aversi in penale come parte integrante dello stesso processo che ivi sarà per compiersi. Già il processo di falso incidente civile (a differenza *del falso principale civile* che, d'ordinario almeno, suppone esclusa la concorrenza del giudizio penale), il processo di falso incidente civile, io diceva, ha tutti i caratteri di una introduzione al giudizio penale. Sono giurisdizioni distinte per l'oggetto, e dove in qualche punto nell'oggetto si combinano (unico il caso del falso), niente osta al loro procedere d'accordo, mutuando la civile alla giurisdizione penale i suoi proprii materiali e i risultati che ne ha raccolti. L'autorità giudiziaria che rilascia il mandato di cattura, esaurisce nello stesso tempo ogni suo potere; l'arrestato è condotto al procuratore del re; egli solo può interrogarlo.

È osservabile la riserva — *se ne sia il caso.*

Ciò basta bene a raffigurare una facoltà della quale si farà, non ne dubito, uso prudente. La riserva riguarda *il fatto* e riguarda *il diritto*. Il fatto o per l'entità o per la qualità o per la malizia potrà non esser tale che si giudichi opportuno rilasciare un mandato di cattura. La procedura penale segna le norme secondo le quali ha luogo o non ha luogo il mandato di cattura; l'autorità civile consulterà questa norma; e anzichè oltrepassarlo, si terrà indietro dal limite.

Rammentiamo inoltre che in qualunque momento può cessare la procedura del falso civile; ognora che il pubblico Ministero trovi fondamento a promuovere l'azione penale; qui non facciamo che seguire lo sviluppo ordinario del giudizio civile.

b) Sulla desistenza della parte attrice nel giudizio di falso. Colla desistenza l'attore riconosce la verità del documento impugnato. La sua dichiarazione, inutile rispetto al pubblico Ministero e all'azione penale di cui dispone, obbliga l'attore colla forza del contratto giudiziale. Reco volontieri questa interessante dottrina del CHAUVEAU: « Pour nous, nous pen« sons que, si le désistement de la partie ne « lie pas le ministère public, il lie toujours la « partie qui s'est désistée: son action est dès « lors éteinte, *et quand même la pièce serait « déclarée fausse sur les poursuites criminelles, « il ne serait pas permis de revenir contre son « désistement, pour s'inscrire de nouveau* » (In CARRÉ, quest. 940 bis). Il giudizio criminale non produce più la sospensione del civile, il documento è riconosciuto; il quale riconoscimento o accettazione della parte tien luogo della verificazione stessa.

c) Dell'effetto che il giudicato penale sarà per produrre nel giudizio di falso incidente civile. Un effetto potrà averlo. La giurisdizione civile, sospesa, aspetta la pronunzia definitiva della penale. Su che? Sull'oggetto che l'ha occupata sin qui; sull'identico oggetto che un altro giorno ricomparirà o potrà ricomparire non più nello stato di dubbio, ma risoluto, definito, in tutto lo splendore della verità; la parte favorita dalla decisione verrà semplicemente a reclamarne le conseguenze avanti la giurisdizione civile.

Questo istituto è tutt'altro che una novità. Non ce ne ha forse altro più originale, come non vi ha alcuna legge di procedura che abbia radici più profonde nella essenzialità delle cose e nei grandi principii regolatori delle giurisdizioni.

Eppure la troppo celebre polemica che cominciò fra MERLIN e TOULLIER, e via dicendo, e che si propone per tutti gli scrittori come un tema obbligato, o come uno di quei magnifici soggetti dell'arte che non si vuol perdere l'occasione di trattare, s'intromette anche qui, e suscita nuova rivalità e calorose discussioni. Tra i più moderni, il CHAUVEAU propugna quella ch'egli chiama indipendenza delle giurisdizioni (quest. 943 in CARRÉ); dall'altra il BONCENNE, il DALLOZ, e non pochi seguaci che accettano come un principio unitario e informatore del diritto la reciproca influenza delle giurisdizioni.

È una questione che o bisogna risolvere con poche parole senza metter piede nello spinaio degli argomenti che si producono da una parte e dall'altra, o bisogna rassegnarsi a spendervi intorno molte pagine trattandola compiutamente. Una sola obbiezione che si trascuri può meritarvi il rimprovero di poca lealtà. Io vi rinunzio. Protesto che mi manca lo spazio, scarso a tante questioni più necessarie che scrivendo mi nascono sotto la mano. D'altronde io ne ho discorso a lungo in un'altra scrittura che vengo memorando (non per vanità, Dio me ne liberi!), ma per venirmi quasi appellando a me stesso per quello che al presente non posso dire. Nel mio trattato *Dell'azione penale*, che in breve sarà pubblicato, nel § XXVI, e più ampiamente nel § CI, ho esaminata la controversia, in un punto di vista forse nuovo, emancipandomi dalle insolubili disputazioni sulla cosa giudicata, che suol essere il campo scelto dagli scrittori delle varie opinioni, e collocando la soluzione in un principio superiore, *nell'interesse generale che muove il legislatore a unificare fino a un certo punto e armonizzare le giurisdizioni.*

Posto adunque come risoluto che questo è uno dei casi in cui il giudicato penale determina la posizione della causa civile, e accettando le conclusioni del BONCENNE (vol. 11, cap. XVI, *De faux incident civil*), non mi resta che avvertire ad alcune varietà della decisione penale: *c'est*, dirò col citato autore, *que l'autorité de la chose jugée doit être limitée à ce qui a été formellement décidé par le jugement.*

La cosa giudicata penale può restare senza influenza nella causa civile. Lascio in disparte la dichiarazione dei giurati (che si sostiene non avere carattere di decisione giudiziale e di cosa giudicata) e non guardo che alla sentenza della Corte d'assise che ne consegue, e a quella del tribunale correzionale. La decisione può essere di tre maniere: *l'imputato non è colpevole; non consta del reato; l'accusato è colpevole.* Nelle prime due specie la decisione non ha legale influenza sulla causa civile. Il docu-

mento può esser falso, quantunque non consti della reità dell'accusato. La causa ritorna adunque impregiudicata alla giurisdizione civile, e si riassume nello stato in cui venne lasciata. O l'accusato fu dichiarato colpevole, non potendo essere colpevole senza la materiale esistenza del falso, il documento non è più: è distrutto.

d) Del falso parziale. Un istrumento che contiene molte convenzioni può essere impugnato in qualche parte: si pretende aggiunto un patto, o alterate alcune parole di un patto. Valido in tutto il resto (Leg. 41 Cod. de transaction.), può esser fondamento ad altre decisioni, purchè il patto impugnato non abbia dei rapporti di correspettività coll'intero contratto.

Articolo 309.

Quando nel giudicare sulla querela di falso l'autorità giudiziaria abbia ordinato la soppressione o cancellazione in tutto o in parte, oppure la riforma o la rinnovazione dei documenti dichiarati falsi, si sospende l'esecuzione di questo capo della sentenza, finchè sia scaduto il termine dell'appello, della rivocazione, e cassazione, o finchè la parte soccombente abbia espressamente accettato la sentenza.

Annotazioni.

1. L'articolo suppone la inesistenza delle condizioni per le quali il tribunale deve sospendere la causa e rimettersene al giudizio penale. L'autorità civile condanna il documento e lo dichiara falso: che dee farsi di questo arnese del delitto venuto a contaminare il processo giudiziale?

Lo scritto, vuoi pubblico o privato, sul quale è caduto il giudizio del falso, può essere *soppresso* o *cancellato in tutto* o *in parte;* ovvero *riformato* o *rinnovato.* La *lacerazione* (che simula un modo diverso di distruzione) sarebbe abolita, se pure non è stata dimenticanza del redattore dell'articolo, del che mi sia lecito dubitare, per ricordo all'art. 422 del Codice di procedura civile, in cui si leggeva la parola *lacerazione,* oltre tutti gli altri modi qui riportati. Anche l'articolo 322 del Codice siciliano diceva *soppressione*, *lacerazione* o *cancellatura*, ecc. Cito questi due soli Codici che precedono immediatamente l'ultima legislazione. Ma io vorrei domandare al Tommaseo se *lacerazione* sia sinonimo di *soppressione* o di *cancellazione.* Valgaumi le parole di BONCENNE: « On prononce la *suppression* lorsque des exemplaires, des expéditions, ou des extraits de la « pièce fausse sont en divers mains, et qu'il « est impossible de les atteindre *pour les lacérer et les rayer. Supprimer un écrit c'est « le condamner au néant*, et lui défendre d'en « sortir. Il y a même des actes qu'il n'est pas « permis *de lacérer ni de rayer*, quoiqu'il soient « reconnus faux; *tel serait un acte de l'état « civil.* Le jugement de rectification est inscrit « sur le régistre; mais l'acte lui-même ne peut « être matériellement ni altéré ni changé. Il « demeure *supprimé;* toutefois il en subsistera pas moins, dans son entier sur la feuille « qu'il occupe.— La pièce déclarée fausse, qui « se trouve sous la main de la justice, est détruite *par lacération* » (Tit. *De faux incid.*, chap. XVI).

Adottando simile filologia, non approvo quello che disse il CARRÉ. « Il en ordonne la « suppression, c'est-à-dire *l'abolition qui s'opère « par la lacération, le déchirement de cette pièce « par le greffier.* » La soppressione è voce di genere, ha degli usi molto più generali; si sopprime un passo favorevole trascrivendo un brano di un'opera, si sopprime una tassa, si sopprime un ordine monastico, e tutto ciò senza *lacerarli:* la *soppressione di un documento* è la sua abolizione in genere, la sua distruzione morale: qualche volta, come osserva BONCENNE, non si può distruggere materialmente.

È chiaro che la *lacerazione* o *cancellazione* sono modi della soppressione (da ciò l'inesattezza dell'articolo *soppressione* o *cancellazione*). La carta che non serve più a nulla, la scrittura privata sostanzialmente falsa, *si lacera:* il cancelliere fa un processo verbale del fatto. La pagina di un volume che non si può strappare senza deformità o senza danno di altre scritture inviolabili, *si cancella;* si taglia con segni che ne indicano l'abolizione: in margine vi è una dichiarazione a ciò firmata dall'autorità. Si *riforma* lo scritto, quando i vizi di cui è arguito sono parziali; ciò spocialmente ha luogo se lo scritto è privato. Interlineate le parti viziose, alterate, le clausole aggiunte, il cancelliere scrive in margine che quei passi sono espulsi dal documento e più non esistono. Si *rinnova* il documento, ordinando che si presenti di nuovo secondo verità; il che si suole

in fatto di copie autentiche su qualche parte delle quali era caduta la falsità; dovranno riprodursi nella conformità del loro originale.

2. Oltre i termini generalmente sospensivi dell'appello anche quelli della *revocazione* e della *cassazione* dovranno passare; ognuno ne sente la ragione. L'accettazione formale della sentenza privando di codesti rimedii, la rende eseguibile senza pericolo. Ho detto *accettazione formale*, e calco su questa frase, perchè la sentenza, fors'anco eseguita per altri rispetti, non s'intenderebbe a questo gravissimo accettata. La legge dice *espressamente*. Mi basti questo cenno, dovendo in altro luogo occuparmi di proposito *del diritto dell'acquiescenza e accettazione dei giudicati*.

3. Fate mente alle parole *si sospende l'esecuzione di questo capo della sentenza*, mentre altri capi possono mandarsi ad esecuzione. Finito il giudizio d'appello, si potrà continuare lo stesso giudizio di merito, o dar luogo ad una prova, chiedersi le spese, ecc., restando i documenti allo stato loro nella custodia dell'uffiziale pubblico.

Articolo 310.

Nella sentenza definitiva sul falso è provveduto alla restituzione dei documenti. Ciò ha luogo anche per i documenti impugnati, se non siano giudicati falsi.

Dei documenti trasportati da un uffizio pubblico si ordina la restituzione ai depositari, la quale è eseguita dal cancelliere nel modo stabilito dall'autorità giudiziaria.

Articolo 311.

La restituzione ordinata a termini dell'articolo 310 non può essere eseguita prima che sia decorso il termine stabilito nell'articolo 309.

Durante lo stesso termine è sospesa egualmente la restituzione delle scritture di comparazione e delle altre, se non sia altrimenti ordinato dall'autorità giudiziaria ad istanza dei depositari delle dette scritture, o delle parti.

Annotazioni.

Documenti da restituirsi sono tutti quelli che si radunarono per servire allo esperimento comparativo, allo studio del fatto messo in questione. Sono documenti da restituirsi, ossia da lasciare in piena disponibilità del producente, quelli che furono *materia del processo di falso*, ma non furono dichiarati falsi. Ma come la sentenza potrebb'esser *revocata* o *cassata*, ed è ancora incerto se in definitivo sfuggiranno alla censura che tuttavia li minaccia, l'articolo 311 estende al maggior termine possibile la sospensione della restituzione. Lo stesso art. 311 fa una giusta riserva *a favore dei depositarii delle scritture di comparazione* portate in giudizio. Motivi troppo legittimi verranno ad interporsi a favore specialmente dei *depositarii pubblici*, i quali d'altra parte possono dar garanzia di rappresentare gli stessi documenti ove occorra. La Ordinanza del 1737 aveva con delicata previdenza pensato anche a questo.

Articolo 312.

I cancellieri non possono senza un decreto del presidente rilasciare copia dei documenti impugnati che sono in deposito nella cancelleria.

Articolo 313.

I cancellieri che contravvengano alle disposizioni degli articoli 309, 310, 311 e 312 sono puniti con sospensione non minore di un mese, nè maggiore di un anno, e con una multa estendibile a lire trecento, oltre i danni verso le parti, e salvo, se ne sia il caso, il procedimento penale.

Annotazioni.

1. La legge distingue fra i documenti *impugnati e quelli che non sono impugnati*. I primi, eziandio non dichiarati falsi o dichiarati veri nella pendenza degli indicati termini, non sono

ancora definitivamente giudicati; non sono ancora fuori di pericolo. Ciò dimostra che non potendo il cancelliere di questi dar copia, *senza un decreto del presidente*, dei documenti non impugnati, proposti al confronto e allo studio pratico della questione, può il cancelliere dar fuori spedizioni di sua propria autorità. Questa è anche l'opinione di CARRÉ, che porto volontieri a conforto di quel funzionario che non deve trovarsi a suo agio sotto la imperiosa minaccia dell'art. 313. È dunque un punto interessante. « Quant aux autres pièces dont les « originaux ou minutes ont été remis au greffe, « telles que les pièces de comparaison, et no- « tamment les régistres sur lesquels ils auront « des actes non contestés, comme ces actes ne « sont point suspects, et que par conséquent, « où ne soit aucun danger à satisfaire les par- « ties qui on droit d'en demander expédition, « *les greffiers peuvent sans difficultè dèlivrer les* « *expéditions demandées par les parties; mais* « *sans pouroir* (anche questo avviso mi è grato « mandare a codesti abili e benemeriti funzio- « narii), *en cette circonstance, exiger des droits* « *plus forts que ceux qui seraient dûs au dé-* « *positaire de la minute, s'ils dèlivrait lui-même* « *expédition.* » La ragione si è che i terzi (chè tali qui consideriamo i richiedenti le copie) non devono essere aggravati da una condizione eccezionale di cose di cui essi non rispondono in alcun modo (CARRÉ, all'art. 245 del Codice di procedura francese).

2. Un'altra cautela è imposta ai presidenti che mandano ai cancellieri gli ordini di spedizione dei documenti impugnati. Essi ingiungono che nella stessa spedizione si faccia menzione *della querela e dei qualunque giudizi che siano stati in proposito emanati* (CARRÉ, al detto articolo, quest. 948; PIGEAU, *Comment.*, tom. I, pag. 482; THOMINE, tom. I, pag. 424).

Ancora due avvertenze: 1° Che l'art. 312 può bene intendersi indipendente dalle disposizioni restrittive degli art. 309, 310 e 311 riguardanti le *restituzioni* dei documenti. Lo stesso divieto della restituzione può produrre un più vivo bisogno delle copie a supplire la mancanza del documento; 2° Che i cancellieri, come depositarii pubblici, e nel caso rappresentanti eziandio i depositarii naturali dei documenti che occasionalmente sono nella loro custodia, mentre sono soggetti alle prescrizioni degli articoli 913 e seguenti, hanno i diritti stabiliti nell'art. 917.

Articolo 314.

La parte che ha proposta la querela di falso, se sia soccombente, è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte, e in una multa estendibile a lire cinquecento.

La multa non è applicata quando il documento, od uno de' documenti impugnati, sia stato dichiarato falso anche in parte.

Annotazioni.

1. *La multa s'incorre di pieno diritto?* Non precisamente per rendere inutile la dichiarazione del giudice; a maggior ragione egli deve pronunciare la condanna nei danni. Avvertite per altro che la sentenza che respinge definitivamente la querela, si astiene dal pronunciare sulla multa e sui danni, ma darà appoggio sì al pubblico Ministero per chieder l'applicazione della multa che alla parte interessata per domandare il risarcimento di danni, con separata e pedissequa istanza.

In Francia si pensa diversamente rapporto alla multa; in fatto di emenda di danni si conviene che bisogna chiederli. Vi ha differenza d'opinioni: altri dice che chiesta la emenda dei danni è subito concessa, non potersi negare (CARRÉ, all'art. 246, quest. 951). Altri dice che il giudice possiede un potere d'equità che non si esita di chiamare *discrezionario*: c'è caso nel quale l'azione potrà anche negarsi (PIGEAU, *Proc. civ.*, tom. I, pag. 362; THOMINE, tom. I, pag. 426; CHAUVEAU, quest. 951). Io ritengo anche questo: nell'ambiguo parlare dei testimonii, nelle diverse opinioni dei periti, in certi caratteri dell'atto pieni di sospetto, se non si è potuto cavare una netta e solenne dichiarazione di falso, probabilmente s'indietreggiò verso la gravità delle conseguenze, non perciò ti sono riserbati gli onori del trionfo; l'attacco fu troppo valido, troppo fondato. La sentenza dovrà ben motivare il rigetto; ricordiamolo; senzachè sarebbe inesorabilmente cassata, poichè la condanna nei danni è una conseguenza della perdita della querela: non però *necessaria*, non *assoluta*, ma devono esser messi in palese gli speciali ed eccezionali motivi che ci convincono non doversi ammettere in quel dato caso. Con questo avvertimento passo *alla multa*,

e cogli scrittori francesi dico che la multa è inevitabile: peraltro *dev'essere pronunziata*, onde il *ricevitore del registro non è autorizzato*, come dicono essi, *a procedere per l'incasso*. Una sola osservazione dovrà bastare: la multa non è fissata; può estendersi sino a lire 500; tassarla spetta al giudice.

La multa stessa non si applica nell'evento considerato nel capoverso dell'articolo; onde, essendosi la legge incaricata di regolare con norme positive questa penalità, non parmi potervisi sostituire altra norma razionale (*V.* appresso, n° 3).

2. *Sugli effetti della desistenza dalla querela già intentata.* Il caso è notevole, e merita di esser ponderato.

A cominciare dal Codice francese (art. 247), al siciliano (art. 342), al sardo del 1854 (articolo 427), e multa e danni si applicavano, oltre il caso della *soccombenza*, anche 1° se l'attore nel termine di legge *non avesse proposti i motivi del falso*; 2° *se i motivi proposti si fossero trovati insufficienti*; 3° *se l'attore desistesse volontariamente dalla querela*. L'affare della desistenza parve essere abbandonato nel Codice sardo del 1859, che nell'art. 427 non ne fece parola.

Ora vediamo con quale corretta parsimonia è redatto l'art. 314. Chi *soccombe* paga la multa, è risponsabile del danno.

Io sono d'avviso che la disposizione non sia punto cangiata. Si *soccombe* per più motivi; o perchè non si esibiscono i mezzi opportuni allo esperimento (art. 304, capoverso), o perchè i mezzi sono inabili per se stessi, sicchè non si fa luogo alla operazione, o cimentati si trovarono insufficienti allo scopo; si *soccombe* adunque in tutti questi modi. La legge pertanto non ha fatto che semplificare la sua espressione, non variando il concetto.

La pena è intesa a frenare la temerità dei litiganti che nulla rispettano. La *desistenza* sembrerebbe mitigarla. Tuttavia anche la desistenza è causa per cui si soccombe; ma qui vorrei distinguere. Emessa nei primordii del processo di falso, io credo potrà giovare ad evitare la pena, non però la emenda delle spese e dei danni reali, effetti di una imprudente condotta. La desistenza dovrà avere un certo carattere di spontaneità ed esser fatta in tempo; prima cioè che siano assunte le operazioni dell'art. 303. Io concedo che alla vista dell'originale prodotto un litigante di buona fede possa ritirare i suoi passi e rinunziare alla querela: *re penitus integra*. Cominciata la operazione giudiziale, intervenuto il pubblico Ministero, eseguito il ponderoso verbale degli articoli 303 e 304, siamo già troppo inoltrati. Le suscettibilità morali dell'avversario sono state evidentemente troppo scosse, il suo interesse troppo compromesso, la lealtà dei giudizi offesa: si può rinunciare, non però del tutto impunemente.

Vi può anche essere rifiuto di parte contraria che ha diritto di non accettare la desistenza: solo in questo caso rimarrebbe inefficace, e non ricadrebbe colle sue conseguenze sul proprio autore.

3. Secondo il Codice di procedura francese, art. 248 (al quale corrispondeva il 543 del siciliano) si è esonerati dalla multa *a) se il documento è rigettato* (lorsqu'aura été, la pièce, rejetée de la cause ou du procès); *b) se la querela per una ragione qualunque non sia stata ammessa*. L'art. 427 sopracitato racchiudeva parte almeno di questo secondo concetto, e vi annetteva la condanna penale, l'obbligo di emendare i danni. Io ho posto che il presente art. 314 è dominato dalla stessa intenzione. Se non che occorre distinguere i due stadii rappresentati dall'art. 301 e dall'art. 305. Con ciò troveremo che l'idea degl'altri Codici non è del tutto vana; e sarà meglio rilevato lo spirito del nostro articolo.

Io dico adunque, *ragionando con questo spirito*, e secondo le viste della nostra legislazione, che il rigetto della querela che avviene *primo loco* con ordinanza di presidente o con sentenza di tribunale in quello stato di causa che esiste giusta l'art. 305, non trae a sè l'applicazione del presente articolo 314. È una domanda come un'altra, che può essere respinta eziandio per ragioni non aventi il menomo rapporto colla questione di falsità. È stato deciso per esempio che *contro un atto di giuramento non si applica il sistema del falso incidente civile* (Casale, 26 aprile 1856, Bettini, 1856, t. II, pag. 506). La natura della questione, la palese contrarietà degli atti del processo (Cassazione francese, 21 gennaio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 184) ingiungono per avventura al giudice o al tribunale di dover respingere la domanda, di *non accettare la querela*. Tali sono i casi nei quali non si applica l'art. 314, col corredo delle sue conseguenze penali. Una volta accettata la querela, una volta eretto il verbale, spinti nelle obbligazioni dell'articolo 304, se non si riesce nella prova, e se per questa ragione si soccombe, non potete più liberarvi dalla pena.

Che avverrà se il documento *è rigettato dagli atti?* Con ragione il nostro legislatore si è guardato dal riprodurre questa strana idea e questa strana espressione. Rigettato? che s'in-

tende? Svolgendosi successivamente il merito della causa, il documento della cui materiale verità più non si dubita, scrutato nelle sue ragioni intrinseche, non risponderà forse al bisogno della causa, o sarà vinto da altre prove, o simili, onde sarà *rigettato*, se così volete dire nel modo più improprio. Ma sarà forse men vero? Forsechè non avrete perduto il processo di falso, processo *sui generis*, diviso e indipendente da ogni vicenda del merito?

Articolo 315.

Il ministero pubblico deve promuovere l'applicazione delle pene stabilite negli articoli precedenti.

Articolo 316.

Le transazioni nei giudizi di falso in via civile non possono eseguirsi, se non siano omologate in giudizio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

Precedenti storici. — La Leg. 18 Cod. de transact. è uno di quei monumenti dell'antichità che descrive, a così dire, la smisurata distanza che le nostre idee hanno percorsa in fatto di penalità. Si transige sui *delitti capitali* quando portino *pœnam sanguinis*, eccetto l'adulterio (*Glossa magna*, alla citata Leg. 18, ed ivi Salic. et Alex. = *In omni pœna sanguinis potest transigi vel pacisci, excepto adulterio. De alia pœna non, nisi falsi*). Si sa che i delitti capitali erano in vario modo puniti: coll'ultimo supplizio; colla perdita della libertà e della cittadinanza (*damnatio in metallum vel opus metalli*); colla perdita semplicemente della cittadinanza (*deportatio*). Ebbene, quegli atroci e terribili reati che nell'interesse della libertà generale noi affidiamo sopratutto alla giustizia indipendente, erano quelli appunto che il privato arbitrio poteva cancellare, per un principio di umanità pessimamente inteso. *Accusato licet qualitercumque redimere sanguinem suum.* Gli adulterii, che noi abbiamo fra' reati famigliari e transigibili, era il solo eccettuato, sia per un certo orrore di circostanza che in quell'epoca di Diocleziano ispiravano per la loro frequenza e scandalo infinito, sia perchè dietro le facili transazioni si prevedeva l'impunità. Negli altri delitti *pubblici* transigere non si poteva: *si quis transigit, pro confesso habetur* (Leg. in omnibus Dig. de prævaricat.), se ne eccettui il falso. Ed è appunto al falso, a cui nei tempi nostri s'impone la giustizia penale come a cosa di sua ragione. Perchè questo? *Ratio est*, dice colla sua ordinaria semplicità la glossa, *quia plerumque falsi accusatio refertur ad pecuniariam utilitatem* (Cujacius, *Observat.*, lib. vi, col. 1, L. D.; Voet, *Ad pand.*, lib. ii, t. 15). Vi s'intromettevano controversie, belle per gli eruditi, inutili a noi miseri praticisti. Il reato di falso era proprio di quelli che non costavano sangue? Voet osserva che ai liberi non soleva irrogarsi la pena di morte, ma sì agli schiavi; e poteva essere una ragione di più per conceder la transazione. Che si trattasse realmente di transigere *de crimine falsi*, e non dell'istrumento di dubbia fede, ossia sulla dubbia esistenza del falso: *prius quam de eo jus redditum esset, et de privata tantum læsione* (argomentando dalla L. 7 Cod. ad Leg. Corn. de falsis) non si disputava più anche molto prima del Cujaccio, di cui recito le solenni parole: « Porro eadem (Leg. « penult. Cod. de transact.) *etiam probat de* « *falso transigi, rectè;* nam quod ait, *decisa*, « transactionem significat, et generaliter ex « ejus tribus constitui hoc potest, *transactione* « *finitam quæstionem falsi*, *nec civiliter*, *nec* « *criminaliter retractari posse* ».

2. La celebre ordinanza del 1737 (art. 52) dettò pure in questo norme che tutti i Codici di procedura si sono appropriate. Si è molto parlato sull'intendimento dell'articolo 249 del francese, che noi rappresentiamo in questo articolo 316 con una forma più semplice. Ma gli occhi si fissarono sulla espressione: *le transazioni* NON SONO ESEGUIBILI, NON POSSONO ESEGUIRSI. Non la transazione adunque, propriamente tale, ma la ESECUZIONE è soggetta all'omologazione, e da essa dipende. Ciò avviene nell'evidente scopo dell'interesse dell'azione pubblica. La transazione è valida fra le parti: la transazione ferma i rapporti, fissa i limiti dei loro diritti. La lite stessa è finita. S'intende nondimeno che per lo più si viene a patti, e se ne subiscono i più duri per toglier di mano alla giustizia quelle carte accusatrici che vi hanno fatto perdere i sonni e vi mettono in continuo pericolo. La giustizia lo sa e veglia *sui materiali che ha raccolti*; e non li cede se non quando, consultato il pubblico Ministero, si

trovano poco utili ad un giudizio penale. Ecco la esecuzione, ossia la parte di esecuzione che dev'essere approvata per aver effetto; o se altra ve n'ha che del pari interessi la giustizia penale. « Les parties ne sont pas libres, disse « TREILHARD, par des conventions privées et « secrètes, *de faire disparaître les traces d'un « crime*, et de soustraire les coupables aux « peines qu'ils ont encourés. » Del resto, se l'effetto non fosse questo, l'articolo sarebbe un pleonasmo, mentre le private convenzioni si considerano non esistenti in ordine ai reati di azione pubblica.

3. È naturale che da quella clausola, che sembra dar vita alla transazione, *il diritto della omologazione*, venisse fuori il dubbio se la transazione fosse *nulla di pieno diritto;* CARRÉ, DALLOZ, e non so chi altri, caddero in questo errore, ampiamente confutato dal BONCENNE, vol. II, cap. 16, in fine; da PIGEAU, THOMINE, MANGIN, *De l'act. publique*, n° 30; CHAUVEAU, all'art. 250, quest. 959; Corte di Bruxelles, 12 febbraio 1830, *Journal Av.*, t. XLI, pag. 591; BONNIER, n° 574; in fine, tutti concordi nel ritenere che la omologazione non ha altra ragione, altro scopo che l'interesse pubblico: dal che discende che la transazione *non omologata* non è men valida fra le parti. (Nel *Trattato dell'azione penale*, § 26, ho più lungo discorso quest'argomento.)

4. Ricerca forse più interessante, *in qual momento del processo s'incontri il vincolo.* Non prima dell'accettazione della querela, diciamo col THOMINE e col BONCENNE (loc. citato), alla cui dottrina noi aderiamo, altri dissenzienti. Nato il decreto che accetta la querela e ordina le operazioni nelle quali comincia ad aver parte il Ministero pubblico, simbolo di un elemento nuovo e fecondo che s'introduce nel processo, allora solo è acquistato all'organo dell'azione penale un diritto che limita la nostra libertà intorno all'uso di quei materiali che diventano a lui pure comuni.

Articolo 317.

La parte che ha proposta querela di falso in via civile può sempre proporla in via penale. In questo caso il giudizio civile è sospeso, salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 308.

Annotazioni.

1. L'espressione così categorica dell'articolo — *può* SEMPRE — rende inutile la questione sollevata da qualche autore se vi abbia momento del processo nel quale non sia lecito convolare al giudizio penale. Una difficoltà potrebbe sorgere dall'art. 7 della procedura penale (*). È però a considerarsi 1° che colui contro il quale è prodotto il documento ch'egli attacca di falso, *non ha scelto* a sua volontà e grado *la via civile*, ma ha dovuto battere il documento in sede civile perchè ivi è stato prodotto; 2° che non si tratta di *azione penale non esercibile che ad istanza della parte offesa* (detto articolo 7). Nel caso nostro la parte privata, offesa o danneggiata dal falso, non fa che dare in mano al pubblico Ministero dei materiali per promuovere l'azione. Il diritto, la convenienza, la opportunità di promuoverla è di competenza dello stesso pubblico Ministero.

2. *Se la parte contraria dichiarò di non voler far uso del documento prodotto, si può nonostante* (abbandonato il giudizio di falso incidente civile, che non può più aver luogo) *procedere in via criminale?* Bisogna persuadersi che la via criminale è sempre aperta. Niuno può esser costretto a battersi fra le strette di un incidente civile, se non che il diretto affronto di un giudizio penale, che ha d'uopo di una direzione personale contro supposti delinquenti, espone l'agente a ben maggiori risponsabilità. L'esercizio però di tale diritto (a rischio e pericolo, ben s'intende) è guarentito da quella legge. Poco importa adunque se nicchiando di fronte alla minaccia si è risposto non volersi far uso del documento. Questa è pure la opinione del CARRÉ, quest. 962, del BONCENNE, tom. IV, pag. 74, e di altri autori. Solo è a riflettere che con questa dichiarazione negativa la parte *che esibì la carta impugnata può ritirarla;* essa *non rimane in deposito nella cancelleria* (art. 301, capoverso 2°) se non appresso la dichiarazione *di volersi servire del documento:* allora solo la carta è esposta ai rigori del sindacato e a tutte le sue conseguenze. È probabile quindi che manchi *il corpo del delitto;* del resto l'attore nel falso può procacciarsi il materiale che gli abbisogna coi mezzi che la legge potrà permettergli:

(*) « Nei casi in cui l'azione penale non può esercitarsi che ad istanza della parte offesa, non può questa, dopo scelta l'azione civile avanti il giudice competente, promuovere il giudizio penale ».

non mai obbligando la parte contraria a riprodurre a comodo del giudizio penale la carta che aveva diritto di ritirare: *non sunt sumenda arma de domo rei.*

3. *Se l'autorità giudiziaria non abbia a premettere alcuno esame intorno alla querela proposta in via penale prima di sospendere il giudizio civile.* Pongasi mente alle diverse posizioni giuridiche create dagli art. 308 e 317. Quanto al primo, la stessa autorità giudiziaria ordina il rinvio della causa al penale, convinta della presenza di queste due condizioni: 1ª esistere indizi sufficienti di falso; 2ª esistere dei colpevoli, delle persone che devono risponderne. Essa, quando così pronuncia, ha già esaminato tutto questo, e sospende il giudizio proprio. La stessa conclusione assume nell'altro caso dell'art. 317. Ma non dovrà forse premettere lo stesso esame? Tutto gravita, ben si vede, verso il giudizio penale, a cui la legge civile apre per così dire da ogni parte sbocchi. Della facoltà data all'offeso di portare la contestazione al penale, in ogni tempo, è pur d'uopo tener conto; onde il giudice civile, troppo sottilmente volendo investigare la materia del falso, potrebbe cadere nella censura di preoccupare in certa guisa lo stesso giudizio penale. Bisogna dunque andar cauti. E basterà che si riconosca: 1° la regolarità della querela presentata, s'intende, da chi ne ha il diritto; 2° che si trovino indicati gli autori o i complici del falso; condizione già stabilita nell'art. 308: dottrina insegnata da un arresto della Corte di cassazione francese (11 luglio 1826, *Journal Av.*, tom. XXXI, pag. 331, approvato dal CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 960, in fine).

Articolo 318.

Non può essere pronunziata sentenza in causa di falso, se non sentito il ministero pubblico.

SEZIONE V.

Del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti.

OSSERVAZIONI GENERALI

« I vigenti Codici italiani trattano del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti « nei procedimenti di esecuzione forzata. Però è palese che colui il quale viene richiesto « di dare un conto della gerita amministrazione o dei frutti che deve restituire o consegnare, « può presentarlo senza attendere una sentenza che lo dichiari tenuto a farlo.

« Ma supponendo pure che il rendimento dei conti o la liquidazione dei frutti sia stato « ordinato da una sentenza, non è per questo che l'uno o l'altra debba comprendersi nei « procedimenti di esecuzione forzata. Devono soltanto far parte di tali procedimenti quei « mezzi coattivi all'adempimento delle obbligazioni, i quali si risolvono sui beni mobili o im- « mobili o sulla persona del debitore. Quando chi è tenuto a rendere il conto di un'ammi- « nistrazione o dei frutti non adempia al precetto della sentenza, non si fa luogo ad alcuno « dei mezzi coattivi, ma potrà soltanto ammettersi la prova di un carico estimatorio anche « mediante giuramento. » *Relazione* PISANELLI.

Il luogo che si assegna ad un titolo in un ben ordinato corpo di leggi esprime il grado di relazione che quel subbietto ha con tutti gli altri di cui il Codice si compone, e suppone la cognizione esatta della sua natura. Una perfetta partizione è ciò che vi ha di più arduo in un vasto lavoro, che avendo ad esporre moltiplici e diverse materie deve guardarsi che la varietà non faccia danno alla unità, e su poche idee fondamentali dovrebbe saper erigere il proprio disegno. È già questo uno dei caratteri d'inoltrata civiltà letteraria. Lode ai nostri legislatori che si sono occupati del metodo generale della trattazione, apprezzandone la importanza. I sei Libri in cui era diviso il Codice di procedura sardo, che sono anche di più nel

Digitized by Google

Codice francese, o furono nel siciliano, si ridussero a tre; si concentrarono le idee direttive del lavoro, e le grandi rubriche si restrinsero, aggruppando le disposizioni affini le cui attinenze furono meglio comprese. Si è progredito. Questo primo Libro — *Dell'ordine e della forma dei giudizi* — ha una vasta estensione: perchè non dovrebbe averla? Messo a riscontro col Libro secondo, i loro caratteri differenziali spiccano nel modo più luminoso.

Articolo 319.

Chiunque sia tenuto a rendere un conto, deve presentarlo coi documenti giustificativi.

Annotazioni.

Non posso occuparmi del *diritto del rendiconto;* ciò mi porterebbe tropp'oltre. Occorre soltanto avvertire se il sistema che ci presenta questa *sezione* sia proprio esclusivo e comune ad ogni giudizio di rendiconto.

È distinzione ovvia ma necessaria, fra i conti che due o più parti che trattarono affari insieme, si dànno scambievolmente, e la obbligazione di render conto inerente alla questione di tutore, di mandatario, ecc. Nel primo caso l'obbligazione è reciproca; nel secondo la obbligazione è solo da un lato: ciò basta a separarne i caratteri. In quello i conti rispettivi rappresentano le opposte pretese che possono in una liquidazione eliminarsi, o trasportare il debito in colui che si vantò creditore: anche il rendiconto può costituire in credito il tutore o il mandatario, ma solo in conseguenza delle sue proprie operazioni. L'azione che nasce da simile posizione di cose è diversa, diversa la posizione dei contendenti l'uno rimpetto all'altro. Sono del primo caso talvolta i rapporti dei soci fra loro, regolati da ordinamenti speciali, come quelli di commercio ai quali l'istituto presente non si estende in veruna guisa.

Coloro che hanno l'obbligazione del rendiconto devono uniformarsi alla presente legge ogni volta che si tratti di un giudizio: i funzionari dell'ordine amministrativo sottostanno a regole particolari. Del resto questa legge racchiude la nozione essenziale del rendiconto che è immutabile.

Senza dubbio la regola di rito spiegata in questa sezione riguarda i conti resi *in via principale.* Non è raro che nel corso di un giudizio sia ordinata la resa di un conto; e allora si vedrà taluno degli ordinamenti che verremo esaminando, non potere aver luogo. È anche vero che allora non si tratta di un rendiconto di una gestione o di un'amministrazione; ma piuttosto di liquidazione di frutti, di spese o danni. Ci fermeremo più avanti sull'articolo 328.

Articolo 320.

Il conto deve contenere:

1° Lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto;
2° Le partite dell'esatto;
3° Le partite dello speso;
4° I residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi.

Esso deve terminare con un riepilogo.

Annotazioni.

La formazione del conto è di troppo facile intelligenza: le chiose sarebbero superflue. Ma da chi si produce questo conto? E del conto non deve darsi comunicazione all'altra parte? Nell'art. 666 dell'ultima procedura si era provveduto; ivi erano poste le regole seguenti: 1° che il conto era sottoscritto dalla stessa parte o da un procuratore specialmente autorizzato; 2° ch'esso veniva depositato in cancelleria unitamente al mandato e ai documenti giustificativi di cui si formerebbe un elenco; 3° che il deposito sarebbe notificato alla parte a cui si rende il conto con intimazione a prenderne comunicazione e deliberare.

Vedremo, proseguendo l'esame, che la nuova procedura per commendevole amore di semplicità si presenta incompleta: eccone frattanto un saggio. La procedura francese è assai

pingue e troppo: questa è smilza e stecchita.

Bisognerà bene adottare le regole che erano prescritte nell'art. 666. Ognuna di esse è necessaria. Non avrebbe diritto di esaminare, criticare, e fare sue istanze quella parte a cui si rende il conto, sì ponderoso e importante affare? (art. 322). Non avrà un termine a rispondere e deliberare? Ciò per altro dev'essere messo in relazione colle avvertenze che seguono e che abbracciano tre articoli perchè abbiano una certa unità e, come suol dirsi, un valore d'insieme.

Articolo 321.

Quando l'esatto ecceda lo speso il presidente, sull'istanza della parte interessata, ordina il pagamento del sopravanzo, senza che per ciò si intenda approvato il conto.

Questa ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa.

Articolo 322.

Quando la parte cui si rende il conto voglia impugnarlo, deve proporre le sue osservazioni con indicazione distinta delle partite impugnate, e con citazione a comparire davanti il presidente per la nomina di un giudice delegato.

Articolo 323.

Le parti discutono il conto davanti il giudice delegato, e questi ne fa processo verbale, enunciando le loro osservazioni.

Quando le parti siano d'accordo, il giudice approva il conto, e ordina il pagamento delle somme, e la consegna degli oggetti dovuti. A questa ordinanza è applicabile il capoverso dell'articolo 321.

Se le parti non siano d'accordo, il giudice provvede a norma dell'art. 181.

Annotazioni.

1. *Competenza e procedura.* L'art. 321 fa capo al presidente — *il presidente ordina, ecc.* L'incontro di quest'autorità all'ingrosso della procedura insinua la credenza che il giudizio di rendimento di conti si risolva in una domanda da conformarsi all'art. 181 e seg.

Abbiamo già preso nota che questo è un *giudizio principale.*

Conviene riportarsi all'articolo 97. È una di quelle competenze che possono chiamarsi eccezionali: ha una base reale, *forum rei gestæ*, quantunque l'azione non sia che personale. Pertanto l'attore, ossia colui che rende il conto, non può sfuggire a questa giurisdizione, creata nell'interesse della giustizia, tenendosi che il luogo stesso ove l'amministrazione fu tenuta, cooperi ai migliori, ai più veritieri effetti del rendiconto, o che il giudice che ha conferita l'amministrazione sia il meglio informato. Per noi la giurisdizione è invariabile, dato ancora che il conto non si offra dall'amministratore ma sia giudizialmente richiesto dall'amministrato. Questo parmi anche l'avviso del CARRÉ, del FAVARD DE LANGLADE, e del THOMINE.

Su ciò mi pare non esser dubbio. E ritengo non ci sia neppur dubbio che quando si tratta di costringer taluno a render conto, si debba promuovere un giudizio colle regole ordinarie della citazione introduttiva avanti l'autorità giudiziaria competente, sia questo il tribunale o il pretore, secondo l'importare del conto. Ciò è tanto vero, che la sentenza che ordina la presentazione del conto, e assegna un termine, non può esser funzione di un giudice qualunque del collegio; ma deve pronunciarsi *dall'autorità giudiziaria*, ed è pure letteralmente stabilito nell'art. 326. *Ove però il rendiconto si presenti spontaneo alla liquidazione*, questa procedura, che sarebbe nuova, merita esame.

Negli altri Codici, non escluso l'ultimo sardo, si è sempre visto un giudice delegato assistere alla discussione del conto e rendere decreti anche importanti; ma il punto di partenza, o causa efficiente della facoltà sua, risiedeva nel tribunale: ora pare veramente che l'ordine sia cangiato. Ecco il sistema che verrebbe a risultare dai tre articoli. Se io voglio far liquidare un conto, lo reco, corredato dei documenti e

nella forma degli articoli 319, 320, al presidente del tribunale, che con ordinanza invita a sè l'altra parte in giorno ed ora destinata, e ne ascolta le ragioni. D'ordinario il conto subirà una discussione: intanto se la *parte interessata* lo domanda, il presidente ordina il pagamento del reliquato passivo che è liquido e confessato, senza pregiudizio di un maggior debito.

Inerendo a questa forma semplice e compendiosa, la legge non impone obbligo di comunicazione, mentre suppone che la parte o il suo procuratore si presenti: accetti il conto o dichiari di volerlo impugnare.

Non sarà mica indispensabile che le osservazioni di cui parla l'art. 322 si facciano subito; ed ecco il caso della necessità di un termine, ma di un termine definito. Il Codice è muto; solo si sa che l'oppugnante cita avanti il presidente per la nomina di un giudice delegato. Le operazioni di una discussione sono lunghe, sono distraenti; onde il giudice delegato subentra come in tutte le altre operazioni di questa natura. Questa disposizione dimostra pur anco e conferma come l'autorità presidenziale sia quella che deve adirsi in principio; ed essa dura competente sino al punto in cui la causa acquista una portata che la fa ascendere alla cognizione del collegio, come si dirà più avanti. E qual termine avrà l'oppugnante, giacchè deve averne uno? Una regola d'analogia che si può trarre da altre disposizioni del Codice, la pratica precedente, ci fanno credere ch'esso avrà il termine ordinario a deliberare, cioè di quindici giorni; e anche pensiamo che lo stesso presidente potrà prefiggerne uno minore o maggiore, secondo la gravità del conto e le circostanze.

Per quanto dice l'articolo 323 del capoverso sembrerebbe che l'*accordo delle parti* non potesse avverarsi nel congresso che si fa avanti il presidente; a me non pare. La discussione che ha luogo avanti il giudice delegato suppone che non vi sia stata accettazione pura e semplice del conto; si dovrà dunque inferirne che se vi fu accettazione pura e semplice, la questione finì nel suo primordio; tuttavia anche dopo una discussione le parti possono convenire, e allora nasce la ordinanza del giudice delegato che non dà luogo a reclamo. Se le parti non si trovano d'accordo, è allora che la causa si porta al tribunale.

Ne segue che il rinvio della causa al tribunale non sarà mai opera del presidente; ma solo del giudice delegato.

Ma noi fin qui non abbiamo esaminato che una faccia del giudizio di rendiconto. Abbiamo supposta la *spontanea reddizione del conto.* Dal lato opposto la procedura ci manca e ci abbandona alle nostre proprie indagini.

Per costringere alla resa del conto non si potrà far capo al presidente; lo abbiamo già detto. È dovuto o non è dovuto il rendiconto? Questione di merito, questione che può essere delle più ardue e difficili; deve decidersi dal tribunale, può portarsi all'appello, alla cassazione. Resta a vedersi se, finito tutto questo rumore, quando si tratta di dover presentare il conto, abbiasi a ricominciare la storia di questi tre articoli; o non si possa o si debba presentare allo stesso tribunale che ha già dato sentenza, e ne ha imposta la presentazione. *Se chi deve presentare il conto non lo faccia nel termine stabilito*, è certo che spetta all'autorità giudiziaria, al collegio, interporre sentenza, e condannare se occorra, previo giuramento dell'altra parte (art. 326). Ma subentrata l'autorità giudiziaria, io credo bene possa eziandio a quella direttamente presentarsi il conto, e non saprei vedere come fosse privata di un diritto sì ampiamente contenuto nella sua giurisdizione. Ed allora io ritengo dovranno praticarsi le forme avvertite all'articolo 320. Il tribunale potrà delegare uno dei suoi giudici per le operazioni della discussione.

Se invece la parte a cui si offre il rendiconto nega di riceverlo (allegando per esempio che non sia venuto ancora il momento, che la gestione non sia finita, o per altre ragioni perchè si questiona di tutto), il presidente, in luogo di delegare un giudice alla discussione del conto, rimetterà senz'altro la questione all'autorità giudiziaria.

Questo variare della procedura, secondochè si tratti di spontanea o di forzata reddizione del conto, non era dei Codici anteriori: questo tenue movimento della storia del processo chi mai lo avrà notato? Io credo possa meritare una parola. La questione comparve nel fôro francese. Si domandò se per quella legislazione vi fosse differenza di rito nelle sopraccennate contingenze. Si rispose di no. Doveva in amendue i casi pronunciarsi sentenza, nell'uno per assegnare un termine a rendere il conto, nell'altro per assegnare un termine al creditore del conto per riceverlo, e riconoscere il reliquato (Lepage, Chauveau, ecc.). Parmi che i Codici sardi non disponessero in modo diverso. L'articolo 666 del Codice sardo, che, come abbiamo visto, chiosando l'articolo 320, offriva delle regole utilissime, trascurate dal presente Codice, riuniva, io credo, amendue i casi della reddizione volontaria e forzata, in ognuna dei quali la previa sentenza del tribu-

nale era necessaria. La separazione rituale di codeste istanze è nella natura loro; la procedura è divenuta più semplice; e con piacere addito in questa parte un miglioramento.

2. *Non si ammette reclamo* (articolo 321). Quindi non solo non si ammette appello, ma neppure ricorso al collegio dalla ordinanza del presidente, che, come dice l'articolo, *ha tutti gli effetti di una sentenza.* Faccio un'eccezione: *se il giudice avesse oltrepassata la quantità liquida e dichiarata del reliquato.* Vi sarebbe eccesso di potere.

Un altro caso di eccezione osserva, e mi pare giustamente, il CARRÉ. Se il renditore del conto avesse fatto conoscere di avere legittimi motivi per non pagare il reliquato, per esempio *opponendo la compensazione con altro credito liquido*, che vale il non aver debito, non saremmo più nel caso semplice dell'art. 321: competerebbe il ricorso e anche l'appello (CARRÉ, nota 2 alla qu. 1874; SCIALOJA, *Commentario del Codice sardo*, vol. V, n° 102).

Se il reliquato fosse dovuto a più persone, coeredi, soci, comproprietarii, ecc., è sempre nei termini della facoltà presidenziale ordinarne il pagamento distinto ai rispettivi interessati (la contraria dottrina del PIGEAU, t. II, pag. 710, è generalmente riprovata); senonchè in due casi, e forse in altri, può sorger controversia che mostri al presidente di non aver competenza. Quando vi sia questione sul riparto che involva la cognizione dei diritti dipendenti da titoli estranei al conto medesimo; ancora, se il reliquato fosse reclamato da creditori pretendenti cessioni o vincolo di sequestro.

È stabilito che la disposizione *non riguarda il reliquato* o *debito definitivo del conto.* È chiaro: non si tratta più di un debito liquido e confessato; ma del risultato del conto medesimo, che suppone una quantità di elementi che, potendo esser contestati, rappresenta tutt'altro stato di cose (PIGEAU, l. III, § *Compte*, div. 6, n° 13; FAVARD DE LANGLADE, tom. I, pag. 619; CHAUVEAU in CARRÉ, qu. 1874 ter).

3. *Ufficio del giudice delegato.* Gli scrittori della materia si occupano del modo della discussione che avrà luogo avanti il giudice delegato; si dubita non assuma delle proporzioni esagerate o cada in minuziosità troppo sottili. Breve: nel giudice delegato è sempre quel potere discrezionale che è proprio dell'*istruttore;* la legge confida nel suo senno pratico, nella sua prudenza; i dispareri sul conto, le differenze di poco momento, forse riescirà a comporle; potrà ordinare qualche schiarimento, qualche prova di facile percezione; che si produca qualche ricevuta; che si presenti qualche atto per chiarire un punto dubbio, e che so io: le parti finalmente si accordano: nulla di meglio. Del resto il giudice rammenti che in presenza di questioni gravi la discussione (che forse non è ben detto a rigor di parola), portata avanti di lui, non è che preliminare e iniziale; non si fanno delle vere difese, ma delle *osservazioni*, volanti, direi, che adombrano appena i punti di questione; onde a lui non appartiene ordinar prove, nominar periti, accettar testimonii, e via discorrendo; il suo còmpito, sotto il rapporto del dibattimento giudiziale, è transitorio e superficiale.

È chiaro che se l'una o l'altra parte non comparisce, l'ufficio del giudice delegato è ben presto finito: manca allora affatto lo scopo. Lo scopo è preparare, coll'assumere le rispettive osservazioni degl'interessati, la discussione formale: un altro, più utile, è nella speranza di un componimento; al giudice delegato sono affidate le parti, sempre nobili ed elevate, del conciliatore. Toltagli la possibilità di riuscire, rimette il giudizio al tribunale.

4. *La espressione dell'articolo* 323 — il giudice approva il conto — *significa forse che il giudice delegato ha facoltà di rilasciare ordine esecutorio, ossia di pronunciare una vera sentenza?* No. Il giudice delegato, imperante la legge francese, rilascia l'ordine esecutorio *pel reliquato confessato colla esibizione del conto.* Presso noi è funzione del presidente. L'accettazione del conto che si fa avanti il giudice delegato è puramente e semplicemente una *concordia giudiziale*, e partorisce a favore dell'altra parte *la eccezione della confessione giudiziale.* È stato già superiormente avvertito *che il reliquato di un conto discusso* non cade nella disposizione dell'articolo 321. Pertanto, qualora si rendesse necessaria una sentenza per rendere eseguibile la convenzione giudiziale, appartiene al tribunale il pronunciarla (così pure PIGEAU, tom. II, pag. 37; CARRÉ, quest. 1884; DÉMIAU; FAVARD DE LANGLADE, ecc.). Questa massima del resto è sancita nell'art. 326.

In ogni caso il processo verbale è di rigore: deve sempre constare in modo autentico al tribunale l'esito della commissione di cui il giudice delegato fu incaricato.

Articolo 324.

Si possono ammettere come giustificate le partite, per le quali non si può o non

si suole riportare ricevuta, quando siano verisimili e ragionevoli, obbligando chi rende il conto, se si creda necessario, ad asseverarne la verità con giuramento.

Articolo 325.

Sulla domanda della parte che rende il conto si può accordarle un'indennità per le spese necessarie, a cui abbia dato luogo la compilazione, e il rendimento del medesimo.

Annotazioni.

Le spese del resoconto sono sempre a carico di colui al quale si rende il conto. Su questo principio appoggia la presente disposizione. Il suo oggetto è ben determinato; non si hanno a confonder *queste spese* con altre spese; oltrechè non sembra dubbio che la *indennità* di cui qui si parla sia *provvisionale* e non definitiva, mentre non presuppone una liquidazione che avrà luogo nell'accertamento finale del conto. La ragione si è che chi ha fatto compilare il conto non rimanga lungamente in isborso di spese talvolta assai gravi. Accordare simile indennità spetta al tribunale. Le spese di viaggi che hanno dovuto farsi potranno esservi comprese, purchè fatte all'oggetto della compilazione del conto; se furono fatte nel corso dell'amministrazione e per essa, rientrano nelle partite attive dello stesso conto.

Articolo 326.

Quando chi deve rendere il conto non lo presenti nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria può ammettere chi lo ha chiesto a determinare anche con giuramento la somma dovuta.

Se la parte a cui si rende il conto non abbia fatto osservazioni a norma dell'articolo 322, o non sia comparsa davanti il giudice, l'autorità giudiziaria può, sull'istanza dell'altra parte, approvare il conto.

Annotazioni.

1. È d'uopo che il presente dettato si trovi in armonia coi principii di diritto in ordine al giuramento, non potendo alcuno pensare abbia voluto scriversi *ad opportunitatem* una legge di eccezione nella procedura.

Già nacque il dubbio quando l'art. 647 del Codice sardo del 1854, uguale al presente, era ancora in progetto: si temeva la portata dell'art. 647 non fosse troppo estesa, e troppo larga facoltà non fosse attribuita al tribunale del rendiconto in confronto dell'art. 1487 del Codice civile albertino, al quale è in tutto conforme l'art. 1377 del vigente. Questo dice: « Il « giudice non può deferire all'attore il giura- « mento sul valore della cosa domandata, *se* « *non quando è impossibile di provarlo altri-* « *menti* ». La Commissione senatoria vide che la legge di procedura era in perfetta corrispondenza colla legge fondamentale, tanto più che la norma dell'art. 1487 era stata espressamente richiamata.

Che si fece nella legislazione del 1859? Nell'articolo 667 fu ripetuta la stessa disposizione, questa volta senza richiamo alla legge civile, ma certo con intendimento non dissimile. Noi siamo nello stesso stato di relazione. Senonchè quel brutto e, peggio ancora, quell'inesatto *caricamento estimatorio*, ha ceduto il luogo ad una forma e più propria e più esatta: *determinare anche con giuramento la somma dovuta.* Quel modo di dire inchiudeva l'idea di una mera operazione estimativa, opinativa, ideale, indipendentemente da qualunque dimostrazione documentale: e forse non era quello che si voleva. Ora il concetto è spianato, per così esprimermi, e la intenzione della legge è aperta.

Nella ipotesi dell'articolo *chi deve produrre il conto*, malgrado una sentenza che glielo impone, *non lo presenta.* Il processo è vuoto; manca ogni dato; il deserto. Afferriamo adunque fortemente quel vocabolo ampliativo — *anche* — il quale prova che bisognerà bene studiare se sia venuto il caso del *giuramento estimatorio.*

Il giuramento estimatorio non è che una specie del *giuramento suppletorio*, ora con una formola anche più generale, *giuramento defe-*

rito d'ufficio, che non è mai, per così dire, gratuito; ma deve avere una ragione, un fondamento nel processo, e nello stato delle prove. Ma qui si dee por mente alla singolare natura del giuramento estimatorio. *È un apprezzamento di quantità:* esige dei materiali di fatto, dei dati di valore. Il giudice deve farne un calcolo: la misura entro la quale limita il giuramento non è che un calcolo; anche dopo giurato può restringer la somma: *etsi juratum fuerit, licet judici absolvere, vel minoris condemnare* (Leg. 5 § 2 *de in litem jur.*). Deve procedere sopra cognizioni di fatto: non può abbandonare ogni cosa, il bene e il male, alla coscienza interessata del giurante. Or bene: chi richiede il conto è l'attore; se il conto non si presenta, non è perciò dispensato da ogni altra prova che non sia il suo diritto generico di avere il conto. Prego il lettore di osservare come in questo modo si rientra nella formola dell'art. 1377 del Codice civile, onde cessano le faticose spiegazioni per conciliare il principio di diritto colla norma di procedura. Se il conto non si esibisce, non può dirsi *divenuto impossibile all'attore* fare una prova qualunque de' suoi crediti. Ma se egli vuole essere ammesso al giuramento, dovrà mostrare quella impossibilità che io credo impossibile, scusatemi il gergo. Una dimostrazione qualunque dell'entità di un'amministrazione, della qualità dei negozi trattati, dei capitali e delle rendite amministrate, potrà pur farsi; peggio per l'amministratore s'egli non si cura di provare le erogazioni, gl'impieghi, le spese fatte. E con ciò io ho voluto soltanto dar cenno del come intendere questo articolo, onde altri non tenga che l'ammissione al giuramento possa accordarsi alla nuda e semplice mancanza del conto dell'amministratore; e perchè si vegga l'armonia di questa disposizione con quella fondamentale dell'art. 1377.

2. *Si fa mai luogo all'arresto personale contro colui che condannato a rendere il conto non lo produce in qualunque termine?* La determinazione del nostro Codice, la comminatoria posta all'inadempimento di quest'obbligo, non diversifica da quelli dei precedenti Codici sardi. Un commentatore illustre del Codice del 1854 (Scialoja, *Commentario*, vol. v, part. 1ª, p. 49) censurò con ragione il legislatore della procedura di non aver fatta avvertenza all'art. 2108, n° 3 del Codice civile albertino, che stanziava potersi ordinare l'arresto personale « contro « colui che dichiarato tenuto a render il conto « manca di esibirlo: in questo caso l'arresto « personale avrà luogo in difetto del paga- « mento di quella somma che il tribunale de- « terminerà nel prudente suo arbitrio ». Le disposizioni erano perfettamente d'accordo nel sistema francese e nel siciliano, essendo nella procedura scritti i mezzi di coazione che potevano adoperarsi, fra i quali l'*arresto personale* (articolo 534 del primo, art. 617 del secondo). L'illustre commentatore si trovò costretto a dire che l'arresto personale avrebbe potuto applicarsi qualora non si pagasse neppure la somma fissata nel *caricamento estimatorio* a giuramento prestato. È lecito dubitare di siffatta conclusione, comunque non mancasse d'appoggio, e siano di quelle che di leggieri vanno scusate a fronte di leggi imprevidenti. Ma ora il Codice di procedura si mantiene nella stessa sobrietà di rimedii, e il novello Codice civile ha cancellato la disposizione corrispondente a quell'articolo del Codice albertino. È dunque stabilito che l'arresto personale non avrà luogo, eccettochè non concorrano le gravissime circostanze, divise invero, da un semplice obbligo di rendiconto, indicate nell'art. 2004.

3. *Se sia nella stessa condizione colui che non esibì alcun conto, o non lo accompagnò coi documenti giustificativi?* Rispondiamo: *Rationes convenienter redditæ non dicuntur nisi offerantur scripturæ administrationis.* Senonchè la esibizione del conto può semplificare la causa dell'attore. Tutte le partite *del dare* stanno a suo credito: il giudice (ove non assegni un nuovo termine a produrre i documenti) potrà dedurne argomenti per deferire un giuramento d'ufficio e segnarne i limiti.

4. *Se trascorso il termine stabilito* (art. 326) *o anche prestato il giuramento estimatorio, si possa tuttavia produrre il conto.* Non si pronuncia propriamente *decadenza:* ciò stesso è ritenuto dalla giurisprudenza francese rimpetto alle moltiplici guise di coercizioni che impone il Codice francese, non essendo considerate *come penali;* le quali però essendo in corso non avrebbero potuto arrestarsi (Corte di Limoges, 13 giugno 1822, *Journal Avoué*, tom. XXIX, pag. 192; Chauveau in Carré, quest. 1868 bis). Si può dunque sempre presentare il conto finchè non faccia ostacolo la sentenza definitiva che determina la somma da giurarsi, e col giuramento prestato la condizione siasi verificata.

Articolo 327.

Non si fa luogo a revisione di conti, salvo alle parti in caso di errori, omis-

sioni, falsità o duplicazione di partite, il diritto di proporre distintamente le loro domande.

Annotazioni.

1. L'idea dominante in questo interessante articolo è: i conti resi una volta, non si rendono una seconda, *non si rivedono. Semel securitatem de refusione munerum emissam, ab alio judice non liceat replicari* (Leg. 2 Cod. de apoch. pub.). *Rationes semel redditas non esse iterandas.* Le moderne legislazioni hanno tenuto saldo questo principio; hanno cercato di metterlo in evidenza colle stesse limitazioni di cui si circonda, rilevando la sostanziale differenza fra *revisione* e *rettificazione di errori materiali* intervenuti nel conto.

Il Codice giustinianeo nella Leg. unica Cod. de errore calculi, pose il principio: « Erro« rem calculi, sive ex uno contractu, sive ex « pluribus emerserit, *veritati non afferre præ« judicium sæpe constitutum est; unde ratio« nes etiam sæpe computatas denuo tractari « posse*, si res judicatæ non sunt, vel transactio « non intervenerit, *explorati juris est* ». Non è facile attribuire il vero senso a quella riserva che esercitò i chiosatori; la glossa di Accursio mostra che al suo tempo erano divise le opinioni. Checchessia, altre leggi romane venivano a rischiarare il concetto, per quanto specialmente riguarda il giudicato, del che ci occupiamo. La Leg. 1 § 1 Dig. quæ rescindantur sine appellatione, stanziò che non occorreva appellare dalla sentenza: *quoniam error computationis est nec appellare necesse est.* Poca difficoltà s'incontra sul campo della generalità; ma quanto più ci accostiamo all'argomento, il cammino diventa scabro.

Divideremo il nostro esame in punti distinti.

Dell'errore, ommissione, falsità o duplicazione delle partite.

È una formola che i Codici di procedura, a cominciare dal francese, si sono tramandata.

La *revisione* porta l'esame rifatto di tutto il conto, dell'insieme del conto, o anche di una parte del conto in un rapporto d'insieme; la *rettificazione* non concerne che alcuni elementi e singolarità di quello. Si nega la revisione per quel principio per cui si nega il ritorno sulle cose giudicate, per cui i fatti confessati o approvati da chi aveva qualità per farlo, si ritengono indiscutibili; si accorda la rettificazione in forza di un altro principio: l'assoluta mancanza di volontà di consenso e di adesione.

In teoria s'intende: quante volte abbiamo noi detto che le difficoltà spuntano sul terreno pratico! Il nostro legislatore ci avrebbe reso un gran servigio aggiungendo a quegli *errori*, accennati con una generalità che spaventa, il facile qualificativo di *materiali* o di *calcolo*. Veramente la lettera dell'articolo apre la porta a controversie che sono, noi lo comprendiamo, affatto incompatibili col suo spirito. Non esclude gli errori di diritto: abbraccia ogni errore di fatto: ma la miglior risposta che si potrebbe dare ai cultori della lettera, essa è che la legge distruggerebbe se stessa, e resterebbe una cosa priva di senso. L'introdurre tutta quanta la famiglia dell'errore in una discussione nuova sopra un conto approvato e definito, sarebbe un autorizzare la *revisione*, quella revisione che energicamente si vuole abolita. Le questioni decise risorgerebbero in gran parte con una fecondità disperante. A questa ragione perentoria si aggiunse un'altra non meno perentoria e definitiva: la confusione di tutti gli ordini della competenza. Decisa la causa, è dato nonostante il rimedio della *revocazione* per *errori di fatto* (art. 494, n° 4): ed è assoluto e fuori di qualunque contestazione che il presente istituto, come meglio si vedrà proseguendo il discorso, è affatto alieno da quello della revocazione. L'errore adunque di cui qui si tratta dev'esser qualche cosa di diverso, e vieplù semplice, di un *errore di fatto.* Chi risalisse alla sorgente di questa istituzione troverebbe delle spiegazioni: nel processo verbale dell'ordinanza del 1667 si parlava espressamente di *errore di calcolo.* La intelligenza universale degli scrittori e della giurisprudenza è là per isciogliere ogni dubbio. La teoria dell'errore è molteplice, e forse dovrà occuparci in qualche altro luogo; per ora non vogliamo neppure definire la differenza fra le due specie d'errore di fatto qui considerate, che del resto si annuncia da sè; ma non possiamo pretermettere alcune avvertenze.

L'*errore di calcolo*, come l'*omissione*, esclude il ragionamento: l'uno e l'altra si subisce, per difetto di volontà, di raziocinio: si è in una condizione del tutto passiva. Quando si tratta di *revisione*, dopo una sentenza specialmente, acquista importanza la nostra osservazione. Il giudice può avere addirittura errato il calcolo: Tizio deve cinquanta per certe partite e cinquanta per certe altre, quindi si condanna a centoventi: l'errore è palpabile. Senonchè l'errore del giudice, comunque contenga inesattezza nel calcolo, potrebbe aver radice nel ragionamento, e allora sarebbe un'altra cosa. L'esempio che ci è fornito dalla Leg. 1 § 1 quæ

sententiæ sine appellatione, etc., può presentare, con qualche modificazione, questo doppio aspetto. *Cum constat Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex alia specie viginti-quinque debere, ideireo Titium Sejo centum condemno, quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, etc.* Da altre parti della sentenza, dalle difese, dal complesso degli atti potrebbe risultare che non esiste l'errore di calcolo se non apparente: essere di fatto che dalla seconda specie emergeva realmente un debito di cinquanta, fu errore materiale il dire che Tizio doveva venticinque; laonde il debito è in effetto risultato in cento. Quante altre contingenze simili possono presentarsi! In tal caso supponendo che errere di ragionamento ci fosse nell'attribuire un debito di cinquanta sulla seconda specie, l'errore potrebbe essere di diritto o di fatto: sarebbe coperto dalla cosa giudicata o darebbe luogo alla revocazione, ma non sarebbe errore di calcolo.

L'*omissione* non si risolve in un errore di calcolo, come ha detto MERLIN; piuttosto può chiamarsi errore di calcolo la *duplicazione delle partite*. Ciò poco monta. La nostra attenzione è richiamata dall'altra formola: *falsità delle partite*.

Nulla di più giusto in massima; la falsità è peggiore assai dell'errore; chi n'è vittima merita una speciale protezione della legge. Non vi è mai conto definito e giudicato rapporto ai falsi elementi che contiene. Ma la pratica, controlleria perpetua della bontà della legge, sveglierà i dubbii, mostrerà gl'impacci cui è condannata fra i conflittanti e mal digesti sistemi della procedura.

Falsità suona in questo caso solamente *non vero;* oppure suppone un mezzo artificiale adoperato per far creder vero il falso; insomma il falso propriamente tale nel linguaggio della legge? Per certo deve intendersi così, sia per la forza dell'espressione che per lo spirito; senza che saremmo portati di nuovo nell'indefinito, e non potremmo più raccoglierci sopra un punto. Una partita potrebb'esser non vera, perchè non giustificata, perchè respinta dal diritto, perchè esclusa da prove contrarie, e via discorrendo. D'accordo sulla parola *falsità*, eccoci ad altre osservazioni. La falsità *era nota* o *ignota? dolosa* o *materiale? scritturale* o *intellettuale?* Risulta forse da documenti nuovamente scoperti, oppure da documenti che si avevano, che non potevano ignorarsi, ma non furono prodotti?

Noi abbiamo innanzi due questioni: ricordiamole. L'una si aggira intorno la nozione contenuta in questo articolo 327; l'altra concerne la sua relazione coll'intero sistema. Diremo ancora qualche parola sulla prima; poi scendendo all'esame della *competenza*, lo scopo di questa nota sarà meglio dimostrato.

Finchè la lite è in corso, finchè prove ed eccezioni si possono liberamente dedurre, la *revisione del conto* è una formola che manca di subbietto. S'impugnano le partite singole, s'impugna il conto intero; la discussione è piena, illimitata. Abbiamo già detto che il rimedio della *rettificazione* (che così chiamiamo cogli scrittori quello di cui si tratta) è una specie di rimedio postumo, che pur si concede quando tutto pare finito. La legge sembra persuasa che sarà facile e spedito il vedere dove giace l'errore; e si crederebbe avesse mirato ad una ispezione oculare e nulla più se l'elemento della falsità non fosse provvidamente contemplato nella sua disposizione medesima. E con ciò rimane stabilito che una disputa ben grave e difficile potrà tuttavia elevarsi, in cui potranno dibattersi quei mezzi di verificazione per confronto di documenti, testimonii e periti che sono indicati nei giudizi di falso.

2. *Competenza.* È certo che la rettificazione delle partite del conto *è materia di un giudizio affatto nuovo* (LOCRÉ, tom. XXII, pag. 180; MERLIN, *Question de droit*, v° *Compte*, § 1; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1886 quinq., ecc.). L'art. 541 del Codice di procedura civile francese determina che questo giudizio si fa *avanti gli stessi giudici*. L'art. 654 del Codice sardo del 1854 disponeva ugualmente. Il legislatore del 1859 parve colpito da un pensiero diverso: non indicò i giudici. Il Codice italiano lo ha seguito, come vedi nell'articolo: e nel suo silenzio si può leggere un rinvio abbastanza significativo alle regole comuni della competenza.

Non c'era alcuna grave ragione per rimandare le parti avanti gli stessi giudici; arroge che quella legge era necessariamente difettiva. Non si potevano rinviare agli *stessi giudici* coloro che avessero definito fra loro un conto in via stragiudiziale, nè coloro che avessero riportato un giudizio di arbitri i quali, salvo facoltà speciale, non avrebbero avuto giurisdizione a questo effetto (Cassazione francese, 8 aprile 1818; Nancy, 27 maggio 1845; Parigi, 1° febbraio 1849). Pertanto l'*azione speciale* di rettificazione (*action en redressement*) essendo, come disse LOCRÉ, *principale, nouvelle, détachée de celle sur laquelle on a prononcé*, assume un diverso carattere giuridico, non è più un'azione di rendiconto a istituirsi nel luogo della tenuta amministrazione: è un'azione personale, e se-

gue la regola comune della competenza. Ulteriore e definitiva ragione per non essere eccezionalmente portati avanti gli stessi giudici.

Dall'essere *azione nuova* segue che si propone non avanti una Corte (questione che io non so invero perchè siasi fatta e dibattuta con molto apparato), ma al tribunale, o rispettivamente al pretore sotto la guarentigia *dei due gradi di giurisdizione.*

Le difficoltà vere di questo giudizio si ridurranno a tre: 1° *Qual è il confine che separa la revisione dalla rettificazione?* 2° *Quando sarà caso di rettificazione e di azione speciale nascente da questo articolo, e quando sarà caso di revocazione?* 3° *Se l'errore e gli altri difetti del conto furono già subbietto di discussione o di giudizio, si farà luogo al giudizio di rettificazione?*

Sulla prima questione. « La distinzione fra « la revisione e la rettificazione del conto non « è bastevole per discernere nella pratica i « casi in cui una domanda tende a far rivedere « il conto, e quindi sia irrecevibile da quelli in « cui essa si restringa alla rettificazione del « conto e meriti perciò di essere accolta. Nè è « cosa molto facile, come a primo aspetto può « parere, dare una massima generale che serva « di norma, e comprendo tutti i casi possibili. « Il migliore divisamento in questa materia è « quello di riportare alcuni casi più notevoli « già risoluti dalla giurisprudenza. » Così un gravissimo scrittore recente, SCIALOJA, nel *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. 1ª, n° 122, ed a quel luogo possono vedersi non poche decisioni. Noi ci contenteremo delle nozioni date in principio di questa nota.

La seconda è forse più grave, e si suddivide: 1° *L'azione speciale di rettificazione e l'azione in rivendicazione si escludono come incompatibili?* 2° *Portate in giudizio di revocazione le querele sull'errore o false partite del conto sono ancora proponibili coll'azione speciale di rettificazione?*

La stretta affinità delle materie che caratterizzano i due giudizi trasporta il pratico fra questi scogli, al che si aggiunge quel fare incerto e quasi barcollante di chi ha bisogno d'indovinare in qualche modo la procedura da tenersi.

I rimedii, o mezzi d'impugnazione che la legge assegna contro le decisioni ingiuste, non vogliono elidersi a vicenda; ciò sarebbe assurdo: essi sono destinati a svolgersi coi metodi stabiliti, *ordine successivo*, di competenza in competenza, presentando all'esame tutta la questione o quell'aspetto della questione che ultimo rimane a vedersi: se i subbietti caratteristici di alcuni giudizi si avvicinano, non si confondono però. Tali sono in alcuni punti quelli della cassazione e della revocazione; ma cotali riflessi sono per avventura troppo generali in confronto di quell'azione specialissima di rettificazione del conto.

Chi percorra i primi quattro subbietti del giudizio di revocazione (sul quale siamo costretti di prendere qualche anticipazione) trova una concorrenza innegabile di materie: è condotto a riconoscere che colui che viene leso in un rendiconto per le cause portate da questo art. 327 potrebbe ottenere in un giudizio di revocazione la soddisfazione che gli è dovuta. *L'errore di calcolo, la duplicazione delle partite* possono ritenersi compresi nel n° 4 dell'articolo 494: *la falsità delle partite*, nei n° 1 e 2. E così dev'essere. Poichè il rimedio della revocazione essendo generale, e i gravami dell'art. 327 potendo in moltissime altre contingenze presentarsi, deve poter rispondere ad ogni bisogno.

Fatto è però che codesti soggetti s'incontrano e, può dirsi, si compenetrano; cosicchè si hanno due azioni da esercitare: l'una in giudizio di revocazione nei termini, modi o secondo la competenza che vi è propria, l'altra per rettificazione di conto.

Se noi supponiamo che sia stato preferito il giudizio di revocazione bisogna concludere che le materie quivi discusse non potranno più essere proposte coll'azione di rettificazione; e se tutti i gravami fossero stati discussi, quest'azione non avrebbe più luogo. Osterebbe la eccezione della lite precedente e della cosa giudicata.

Ma facciamo la ipotesi opposta: che l'azione di rettificazione a termini dell'art. 327 sia stata prima promossa. *Potrà in seguito promuoversi un giudizio di revocazione?* Nessun dubbio. Abbiamo già osservato di sopra che l'azione di rettificazione forma un *giudizio principale;* tale che non vi è ragione alcuna per non ritenerlo protetto da quelle ampie guarentigie che la legge statuisce; fra le quali, se ne sia il caso, il ricorso in revocazione.

Intanto qual è mai il vantaggio che la legge ha voluto assicurare a colui che è stato leso così evidentemente e palesemente nella compilazione del conto? Questo solo che al giudizio di revocazione sono statuiti termini e non lunghi, laddove l'azione di rettificazione è proponibile sino alla prescrizione; e la giurisprudenza conviene nel corso ordinario di anni trenta (MERLIN, *Question de droit*, v° *Compte;* PIGEAU, *Comment.*, t. II, pag. 135; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1886 quinq.; VAZEILLE, *Des*

prescriptions, n° 535, e un gran numero di decisioni). Vero è che l'art. 497 pone certe condizioni sospensive del termine ordinario a ricorrere in revocazione; ma bisogna far certe prove che nel caso nostro non occorrono.

Sulla terza questione che abbiamo proposta, a chiarirne l'oggetto diremo che si vuole un momento supporre *che avanti i giudici stessi del rendiconto* sia stata sollevata la questione dell'errore, della duplicazione, ecc., e sia stata respinta. Si domanda *se potrà non ostante aver luogo l'azione di rettificazione.*

La risposta è facile: *non bis in idem.* Invano si direbbe con MERLIN trattarsi di una disposizione eccezionale, quasichè possa sormontare quella regola, fuor della quale le cose decise e giudicate non sarebbero che una derisione. In conferma di questa massima può vedersi (PIGEAU, tom. II, pag. 384; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1887).

Articolo 328.

Per la liquidazione dei frutti si osservano le disposizioni degli articoli precedenti, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

Anche questo titolo dalla rubrica dei giudizi esecutivi fu con ragione trasportato nella classe delle azioni principali, poichè in effetto si può esibire o domandare la liquidazione dei frutti senza che ciò sia imposto da una sentenza.

Non può negarsi per altro che quest'ultimo caso è il più frequente. Tizio è condannato a restituire una eredità insieme ai frutti a partire da un dato tempo. Formerà il suo conto colle norme degli articoli 319, 320: *fructus demptis expensis.* Gli articoli 322, 323 e 324 ricevono un'applicazione non contestabile. Può anche venire applicabile, secondo le circostanze, l'art. 325, per quanto siano le piccole spese di cui ivi si parla; non convengono alla liquidazione dei frutti gli altri articoli speciali al *rendimento dei conti.*

Il giudizio non ricusa veruna specie di prova: quella per mezzo dei periti è la più indicata e comune.

SEZIONE VI.

Delle cauzioni.

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo titolo è redatto con una parsimonia che può ben dirsi estrema. Bisogna però convenire che la procedura non può contenere un trattato sul diritto della cauzione. Le sue nozioni precettive appartengono al Codice civile, i suoi fondamenti razionali alla scienza. Nessun Codice di procedura ha voluto infatti incaricarsene, e ha fatto bene. Non trattasi invero che di un oggetto semplicissimo — *determinare le modalità con cui si prestano le cauzioni ordinate dalle leggi o dai tribunali.* — Perciò la economia del metodo (se ben ponderata lo vedremo) ha consigliato di fare astrazione da tutto, persino dagli stanziamenti del giudice e dal modo di procedere nell'eseguirli. Quindi il nostro titolo non regola che tre fatti; 1° l'accettazione e dichiarazione dell'obbligo fideiussorio; 2° la prestazione di valori legali in luogo e vece dell'obbligo personale; 3° la estensione della facoltà di ricevere la cauzione mediante delegazione di altro giudice.

Articolo 329.

Quando la idoneità della cauzione non sia contraddetta, o sia ammessa dall'autorità giudiziaria, il fideiussore con atto ricevuto dal cancelliere dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni relative.

Quest'atto è esecutivo anche per l'arresto personale, se vi è luogo, senza che sia necessaria alcuna sentenza.

Annotazioni.

1. Esclusa la cauzione convenzionale che si regge dal patto, qui non si tratta *che della fideiussione legale e giudiziaria*. La base di questo regolamento è nell'art. 1921 del Codice civile: « Qualora una persona venga obbligata « dalla legge o dal giudice a dare una sicurtà, « il fideiussore offerto deve adempire alle con« dizioni stabilite negli articoli 1904 e 1905 », nei quali sono divisate le condizioni *di capacità e di solvibilità* che deve *presentare il fideiussore offerto*. Mi permetto di osservare *en passant* che veramente in codesti due articoli *non sono prescritte condizioni a cui il fideiussore debba adempiere;* ma sono invece condizioni o qualità che il fideiussore deve avere.

L'art. 1922 del Codice civile è il complemento del concetto — *cauzione* — che può consistere eziandio *in un pegno* o *altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito*. Con ciò tanto la cauzione *legale* che la *giudiziale* è un apprezzamento del giudice circa il modo e la sufficienza (*).

2. *La eccezione può essere offerta spontaneamente; la cauzione può essere decretata dal tribunale*, e in obbedienza a tale decreto presentarsi, *può passare coll'accettazione dell'altra parte senza incontrare contraddizione;* finalmente *la cauzione può essere impugnata e contestata*.

Con queste premesse s'intende la duplice e diversa contingenza raffigurata nelle prime parole dell'articolo. L'accettazione espressa, o anche tacita della parte (in difetto di contraddizione) è il suggello della *idoneità*.

Noi comprendiamo che la prestazione della cauzione può essere *spontanea*, applicando questa parola a quel fatto che, sebbene imposto dalla legge, non è ordinato dal magistrato. Tali sono le *cauzioni legali* propriamente dette, che non hanno mestieri di essere preparate da un giudizio. L'usufruttuario sa di dover prestare una cauzione: ebbene egli la presta senz'altro coll'esibire un fideiussore, o una ipoteca. Le *cauzioni giudiziarie*, ordinate dal Codice di procedura, rappresentano sempre un certo stato o condizione di una lite che si viene svolgendo, e sono ordinate dal giudice. Il suo decreto tien luogo della disposizione della legge. *Idoneità* è concetto particolarmente correlativo alle cauzioni fideiussorie o pignoratizie: quelle che consistono *in deposito di somme e valori* si provano da sè. Ordinariamente il giudice non fa che imporre la cauzione, e determina la somma. È di natura che prestasi sempre *judicis imperio;* ma si evita una seconda decisione che riguarda *la idoneità* se la cauzione è accettata.

3. *Del termine a proporre, accettare o rifiutare la cauzione.*

Si deve forse entro un termine di rigore proporre la cauzione, in un altro accettarla o rifiutarla? L'art. 517 della procedura francese disponeva che la sentenza ordinante la cauzione avrebbe fissato il termine a presentarla e quello ad accettarla o contraddirla. L'articolo 633 della piemontese, attivata nel 1855, seguiva queste orme. La legislazione piemontese del 1859 soppresse la disposizione, e disse soltanto che *quando si trattasse di oggetto di valore indeterminato, la sentenza che la prescrive fisserebbe la somma cui la cauzione dovrebbe estendersi*. La nuova redazione si è assottigliata anco di questa norma; certo l'ha creduta almeno superflua.

Si possono pensare diversi casi: 1° Che la legge stessa abbia fissato il termine, e allora nel silenzio del giudice, la via è tracciata; 2° Che essendo nell'interesse della parte di presentare la cauzione, essa possa presentarla in qualunque termine, anche senza previa specificazione del giudice; 3° Che l'adempimento in un termine designato sia condizione dell'esercizio di un diritto in confronto di opposizione della parte contraria. Il primo caso non ha mestieri di spiegazioni. Esempio del secondo puoi averlo nella facoltà che la legge

(*) *Cauzioni fondate nel Codice civile*, art. 28, 497, 525, 975, 2104, 656; *nella Procedura*, art. 182, 363, 409, 647, 723, 724, 731, 750, 795, 922, 928, 929, 931, 940.

attribuisce di liberarsi *dall'arresto personale mediante cauzione* (art. 750). La cauzione allora si offre, si propone, si giustifica negli atti; è contraddetta o non è contraddetta; suscita o no un giudizio sulla sua idoneità. Similmente, se è ammessa esecuzione provvisoria di una sentenza con *cauzione* senza dichiarare la somma, la parte che si dispone ad eseguirla offre una cauzione e subisce o no un giudizio. Il giudice non interviene che appresso il fatto della parte, in contraddizione dell'altra, per approvarlo o condannarlo. L'obbligo della cauzione si porge sempre qual condizione dell'esercizio di un diritto; ma talvolta questo medesimo esercizio è controverso, oppugnato; la sua discussione è incidente in un giudizio principale. Urge in tal caso assegnare un termine per non lasciare a lungo sospeso il giudizio. Un deliberatario non vuol patire un giudizio di graduazione; vuol liberarsi dal pagamento degli interessi del prezzo prestando cauzione; il giudice lo ammette a presentarla e gl'impone un termine.

Egli è forse nella previsione di codeste varie contingenze che si è creduto meglio di non prescrivere norme speciali. Opportuno avvertimento è quello che ci dà la Relazione PISANELLI. « Non si è creduto opportuno di stabi- « lire che la sentenza, la quale ordina la can- « zione, abbia a fissare il termine in cui deve « presentarsi. Vi sono molti casi nei quali non « occorre di fissare verun termine; se una sen- « tenza od un altro qualsiasi provvedimento « non è esecutivo che mediante cauzione, è « palese che la parte interessata a promuo- « verne la esecuzione sarà sollecita a presen- « tarla. Il suo interesse risponde della sua di- « ligenza. Negli altri casi la parte che domanda « all'altra di dar cauzione, proporrà essa me- « desima un termine per darla; in ogni caso « poi l'autorità giudiziaria che la ordina si « troverà indotta dalle circostanze a fissarvi « un termine. »

Resta a sapere se il rifiuto della cauzione debba farsi in un tempo determinato. La legge di procedura non ha voluto prescriverne alcuno, e neppure imporre al giudice di prescriverlo. Ha lasciato il campo franco: un po' troppo. Qui si rileva la imperfezione dell'art. 329. Suppone che *la idoneità della cauzione non sia stata contraddetta*. È forse il giorno dopo la presentazione che può dirsi non essere stata contraddetta onde procedere alla esecuzione? O se una competente comodità dev'essere accordata all'altra parte per esaminare e riflettere, sarà in arbitrio di colui che offerse la cauzione il darne la misura? Se i giorni scorrono senza veruna determinazione dell'altra parte, ben si dovrà, lo credo, farle assegnare un termine a decidersi; ovvero invocare dall'autorità giudiziaria una dichiarazione d'idoneità. E questo è il secondo caso dell'articolo. Senonchè dalla notificazione della sentenza dovrà passare il termine dell'appello, tosto che la esecuzione provvisoria non sia stata ordinata.

Giova avvertire essere statuito nella giurisprudenza che nel giudizio d'idoneità il fideiussore non prende parte (DALLOZ, *Cautionnement*, n° 403; BIOCHE, n° 29; THOMINE, all'art. 520; CHAUVEAU in CARRÉ, qn. 1827, ecc.).

4. *Se, dichiarata non idonea la cauzione, si possa chiedere un nuovo termine per supplire al difetto o proporne un'altra.*

Ritenuto che *la decadenza non è statuita*, arride agli autori la conclusione più mite (PIGEAU, tom. II, pag. 8; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1833; SCIALÒJA, *Commentario del Codice sardo*, tom. V, part. 1ª, pag. 19). Facoltà del giudice è questa da regolarsi secondo le circostanze. Duro invero sarebbe che trattandosi di cauzione incompleta non si potesse supplire con migliori giustificazioni e più larghe proposte.

5. *Della forma dell'atto di cauzione.*

« La cauzione (diceva l'art. 652 della pro- « cedura ora cessata) sarà proposta con atto « notificato alla parte contraria, contenente « diffidamento del deposito già eseguito nella « segreteria dei documenti comprovanti la idoneità della cauzione ed offerta della loro co- « municazione, salvo il caso in cui la legge non « esiga che tale idoneità sia comprovata con « documenti » (se il fideiussore sia di notoria solvibilità). L'articolo, seguitando, imponeva un termine di dieci giorni, salvo che uno diverso non ne avesse statuito il tribunale a dichiarare l'accettazione o il rifiuto. Perchè mai questa disposizione si è lasciata nell'obblio? È ben giusto tuttavia, e non potrà trascurarsi la intimazione per atto di usciere della cauzione prestata, la offerta per la comunicazione dei documenti, e così diremo parlando *dell'atto di sottommissione.*

6. *Questo atto sarà esecutivo.* Per sè, o vorrà esser munito dell'ordine esecutivo? La questione è stata fatta e parve si propendesse nel secondo avviso. La nostra legge tronca la questione: art. 554, n° 2 — sono titoli esecutivi *le ordinanze e gli atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo.*

7. Il quale titolo esecutivo si estende *anche all'arresto personale, se vi è luogo, senza che sia necessaria alcuna sentenza.*

Precedenti storici. — *a*) L'articolo 2050,

n° 5, del Codice civile francese fra coloro che erano soggetti all'arresto personale, annovera « i *fideiussori giudiziarii* e i fideiussori dei debitori che possono esser costretti al pagamento coll'arresto personale, *quando però tali fideiussori siansi a ciò sottoposti* ». La poco felice redazione di questo articolo suscitò delle questioni. Alcuni ritennero (fra questi PIGEAU e DELVINCOURT) che i fideiussori giudiziarii, non meno degli altri, potevano andar esenti dall'arresto personale, da essi dipendendo il sottoporvisi: tal essere il costrutto, il senso e il rapporto statuiti fra i due ordini di fideiussori in questo testo. Altri da simile intendimento dissentivano. Due sono per essi e distinte le categorie dei fideiussori; e si riferivano anche allo stato della legislazione anteriore al Codice, nel quale i fideiussori giudiziarii erano sempre passibili dell'arresto personale. In questo proposito disse POTHIER (*Della procedura*, part. IV, cap. 1, articolo 4): « Un garante (giudiziale) può esser ricusato... se non ha le qualità volute per potersi obbligare, come se è un minore, o *per soffrire l'arresto personale*, come se è una donna, un sacerdote, ecc. ». Non lieve forza aggiunge a quest'opinione l'art. 2040: « Trattandosi di una sicurtà giudiziaria, il mallevadore deve inoltre esser tale da potersi personalmente arrestare ». Laonde, secondo il THOMINE, *ogni fideiussore giudiziario è soggetto all'arresto personale*. Alla qualità della fideiussione giudiziaria, alla gravità di un impegno assunto innanzi alla maestà della giustizia, pareva attaccarsi una sì fiera risponsabilità. Questa dottrina è fortemente scolpita nel seguente passo del DÉMIAU-CROUZILHAC: « Cette soumission, d'après l'article 519, est exécutoire *par-elle même* (*ipso jure*), sans qu'il soit nécessaire d'avoir un jugement; elle est exécutoire même pour la contrainte par corps, *lorsqu'il y a lieu, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, parceque la contrainte personnelle y est spécialement attachée;* ou lorsqu'il s'agit d'un cautionnement conventionel *pour une obligation portant elle-même contrainte*, ou lorsqu'il est ainsi convenu par les parties pour un objet à l'égard duquel il est permis de stipuler cette contrainte ».

Adunque i fideiussori convenzionali possono essere o non essere sottoposti all'arresto personale secondo la natura del debito per essi guarentito. I fideiussori giudiziarii lo sono sempre; lo sono eziandio senza espressamente dichiararlo; lo sono per conseguenza dell'obbligo giudiziale, purchè non appartengano a quella classe di persone che non possono esserne colpiti. Questo è il sistema francese.

b) Il nostro articolo 329 non si spiega da sè meglio di quello che si facesse l'art. 519 del Codice francese o l'art. 653 dell'ultimo Codice sardo. Bisogna avvicinarvi altro nozioni d'ordine superiore. Si è veduto l'art. 519 prendere qualità e ricevere la sua illustrazione necessaria da quella legge del Codice civile che stabiliva la estensione degli obblighi di un fideiussore giudiziario. La legislazione piemontese fu diversa: il fideiussore giudiziario non fu più contemplato nel triste elenco di coloro che soggiacciono a questa obbligazione del carcere: il fideiussore non vi fu soggetto se non a due copulative condizioni: *che si trattasse di un debitore soggetto pel suo debito all'arresto personale, e vi si fosse egli stesso, il fideiussore, espressamente sottoposto* (art. 2100, n° 6 del Codice albertino). Il rispetto della libertà individuale aveva ricevuto un omaggio da quel Codice sì poco liberale. Quanto la nuova legislazione italiana siasi spinta più avanti in questa via, quanto l'odioso rimedio sia economizzato e ridotto direi quasi alle proporzioni di una vera pena, ognuno può vederlo nel Titolo XXVII del Libro III del Codice civile. La procedura civile non ha veruna disposizione estensiva; l'art. 915 non è che una delle applicazioni dell'art. 2094, n° 3 del Codice civile. L'arresto personale rimane, in commercio, come un potente ausiliario del credito (art. 727 e seg. del Codice di commercio). I promettitori d'avallo, i fideiussori solidali, potranno o dovranno rispondere anche con arresto personale; ciò è della natura del debito commerciale; del resto negli ordini civili non s'incontra, come or ora osservai, che la obbligazione dell'arresto personale sia giammai imposta ad un fideiussore che non l'abbia espressamente imposta a se stesso.

Ma questo poco ci riguarda: è da sapere *se l'arresto sia annesso come conseguente della cauzione giudiziaria data nella propria persona*, e l'escluderlo è facile e perentorio.

Qual senso pertanto attribuire al capoverso dell'articolo? Il pensiero che vi domina è che *l'atto di sottommissione è pure esecutivo* nelle sue più gravi conseguenze di un arresto personale: si va regolarmente in prigione con quel solo titolo, e non c'è bisogno d'altro. Ad una condizione però: *se vi è luogo*. Vi è luogo se il debito principale fosse compreso in una delle tre categorie dell'art. 2094 del Codice civile; o si trattasse di debito commerciale, *e a questo effetto si obbligasse il fideiussore nell'atto di sottomissione*. Chè solo non varrebbe

se l'obbligo principale, che è la base e la misura del fideiussorio, non esponesse all'arresto personale lo stesso debitore principale (articolo 1900 del Codice civile).

Articolo 330.

La cauzione può darsi anche depositando nella cancelleria denaro o rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, al valore nominale.

Quando il valore nominale sia superiore al valore di borsa, si fa nella cauzione l'aumento concordato dalle parti, o, in difetto, stabilito dall'autorità giudiziaria.

Il cancelliere fa processo verbale del deposito.

Annotazioni.

Questa disposizione corrisponde all'art. 1922 del Codice civile, che si estende altresì al pegno e alla ipoteca.

Articolo 331.

Quando il domicilio, o la residenza, o dimora delle parti o del fideiussore sia distante dal luogo del giudizio, l'autorità giudiziaria può delegare il cancelliere della pretura per ricevere la cauzione, o richiedere per quest'oggetto un'altra autorità giudiziaria a norma dell'articolo 208.

SEZIONE VII.

Della interruzione e della cessazione del procedimento.

§ 1.

Delle cause che dànno luogo alla riassunzione d'istanza o alla costituzione di nuovi procuratori.

Articolo 332.

La citazione deve essere rinnovata quando prima della scadenza del termine per comparire avvenga la morte o il cangiamento di stato di una delle parti, o la cessazione dell'uffizio per cui doveva comparire in giudizio, ed essa non abbia precedentemente nominato un procuratore, o il nominato non siasi costituito o non si costituisca in causa.

Articolo 333.

La parte deve essere citata per la continuazione del giudizio, se dopo la costituzione dei procuratori, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, sia notificato alcuno dei casi indicati nell'articolo precedente.

Articolo 334.

La parte dev'essere parimente citata, se, durante il giudizio, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, avvenga la morte, la cessazione dall'esercizio, la sospensione o l'interdizione di uno dei procuratori costituiti, ancorchè tali casi non siano stati notificati.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. *Del sistema.* Rappresentando questi tre articoli un sistema e un solo concetto nei suoi aspetti varii dominando, il riunirli in un solo esame contribuirà a meglio rilevarne lo spirito.

La persona del litigante: ecco uno dei temi che più vivamente interessano il legislatore della procedura. I diritti sono perchè ci sono le persone ossia perchè hanno un soggetto in cui s'incarnano, un soggetto che ne ha coscienza. *Sotto questo aspetto i diritti sono un modo di essere dello spirito umano.* Fra due parti che credono di avere un diritto e lo sostengono, una deve ingannarsi: e viene un momento che la coscienza del diritto non basta più: la giustizia vi sa rispondere che quella è un'illusione del vostro spirito. Ma finchè pende il giudizio, il diritto opinato si considera come legittimo, e ne fluisce il sacro e dovunque rispettato diritto della difesa, che è il mezzo di rappresentarlo e farlo valere avanti la giustizia. La relazione della persona col diritto costituisce la legittimità contenziosa, la facoltà di difenderlo e la competenza di giudicarlo. Essendo questa la condizione essenziale dei giudizi, dev'essere permanente; ma noi siamo nel dominio degli eventi: ciò che fu bene istaurato, e forse condotto molto innanzi, è spinto per la forza delle cose in una condizione anormale e non più rispondente all'ordine statuito. La procedura ha dovuto riflettervi e pensare a ricostituire lo stato normale. Ecco la materia dei tre articoli. Essa ha incontrato un limite nella posizione stessa del giudizio; o a meglio dire, ha lasciato passare il nuovo stato quando vide che, al punto a cui si era giunti, il mutamento tornava innocuo. Ciò è naturale, ed è ciò che si dichiara nell'art. 335.

Il cangiamento di stato, durante la lite, può verificarsi nella persona di una delle parti; o nella persona del procuratore. Può verificarsi in diversi stadii della lite; e quanto alla parte, prima o dopo la costituzione del procuratore. Se prima, e correndo il termine della citazione introduttiva, o la mutazione avvenga nella persona dell'attore o del convenuto, si rifà la citazione (art. 332). Mancato il mandante, e il mandatario non avendo assunto l'ufficio, *lis evanuit.* Se il cangiamento avviene in corso di lite, e *la causa non sia in istato di essere giudicata*, si riassume con una citazione alla parte che entra novellamente o alla persona che succede a rappresentarla (art. 333). Se manca la persona del procuratore, provvede l'art. 334. Tutto questo è esposto con semplicità e chiarezza nuova, ignota agli altri Codici.

2. Oltreciò qualche variazione di sostanza è stata introdotta; e qui chiamo a confronto le legislazioni che ci trascorsero innanzi, perchè la variazione, comunque assai notevole ed importante, anche in ordine al diritto superiore, può facilmente sfuggire fra le pieghe, dirò così, di una redazione apparentemente poco dissimile.

Per quattro cause è possibile la *interruzione d'istanza:* 1° il cangiamento di stato di una delle parti; 2° la cessazione dell'ufficio che sostenevano o rappresentavano, ossia delle qualità nelle quali comparivano in giudizio; 3° la morte; 4° la mancanza della persona del procuratore costituito per una causa qualunque. Più avanti darò qualche spiegazione di alcuna di codeste fasi.

Secondo l'antica ordinanza del 1667 ognuna di queste quattro cause era interruttiva di istanza. L'istituto subì una forte restrizione col Codice di procedura. Le cause propriamente interruttive entro il limite stabilito, rapporto allo stato del processo, furono la morte di una delle parti, notificata che fosse, e la cessazione dell'ufficio di procuratore: quello di *cangiamento di stato* o di *qualità di una delle parti* non recavano alterazione al corso del processo se l'evento non si fosse verificato nell'esordio della lite e avanti la costituzione del procuratore.

Questo sistema passò nelle altre procedure, con quanto esame e ponderazione non saprei dirlo. Il novello Codice ha cominciato dal riformare il metodo letterario della rubrica, e metter le idee al loro posto. Il concetto negativo diede luogo al positivo; si divisarono le cause della interruzione, si avvisò al modo della riassunzione, indi si pose il limite contro il quale quelle cause cessavano di operare. Secondo gli altri Codici, *il cangiamento di stato di una delle parti* o *la cessazione dell'ufficio* non interrompeva il corso della procedura *dopo la costituzione del procuratore* fatta da quella parte. Evidentemente questi casi erano considerati di una gravità affatto secondaria: s'intende che la morte che *omnia solvit* rendesse necessaria in qualunque tempo utile la riassunzione del giudizio in confronto del nuovo personaggio che veniva a collocarsi nel luogo del defunto; ma se la vedova che stava in causa passasse a seconde nozze; se il minore, correndo la lite, diventasse maggiore, pareva non meritasse il pregio di una citazione riassuntiva.

Avevano torto, io credo, quei Codici. La persona che si modifica nei suoi rapporti essen-

ziali col diritto, onde la sua capacità si misura, non è più identica; nuove relazioni, forse un diverso modo di apprezzare le cose, forse nuovi disegni. Un vero e reale interesse posposto a quello di una celerità male intesa, perchè dannosa. Il minore divenuto maggiore, abbandonato dal tutore, entra in causa, probabilmente non istrutto, e un respiro per esaminare le cose gli è necessario. Se una delle parti che stanno in giudizio con pieno diritto è colpita d'incapacità, perchè non darete al curatore un certo tempo per apprendere almeno di che si tratta? Il Codice ha lodevolmente ampliato il diritto della difesa. Inoltre ha giovato all'ordine dei giudizi onde le parti si veggano a fronte nelle condizioni e nelle qualità di cui sono rivestite e non in una supposta; sia aperto se le nuove qualità sono riconosciute o contestate; sia prestabilita la direzione degli atti personali che fossero da farsi.

3. In effetto la legge non accorda altro tempo che quello che corre a far giungere una citazione. Richiede la notificazione del cangiamento, e tengo certo doversi indicare la persona che succede nel giudizio, se sia il caso; e a questo solo patto essere obbligata l'altra parte ad arrestarsi e riassumere la causa con una nuova citazione. Solo cadendo il cangiamento nella persona del procuratore, si è trovato inutile darne avviso; perchè, come si esprime Boitard, « de pareils incidents sont « trop connus au Palais pour que l'un des of- « ficiers ministériels puisse en prétendre igno- « rance ».

4. Gli atti che si facessero contro questa disposizione inibitiva *sarebbero nulli*. Ciò era detto espressamente nell'articolo 436 dell'ultimo Codice sardo. Giovava il ripeterlo, perchè noi viviamo nel principio che ogni nullità dev'esser dichiarata dalla legge (art. 56). Può rispondersi che qui si tratterebbe *di mancanza di citazione:* senza la quale niun giudizio è valido. Malgrado questa risposta, che è sicura, qualche difficoltà può presentarsi.

a) Gli atti non ispontanei ma necessarii sarebbero ugualmente nulli? Se la notificazione del cangiamento di stato di una parte viene fatta mentre sta per spirare un termine perentorio ad eseguire un atto della procedura, dovrà tuttavia quell'atto sospendersi; e così si dica di ogni atto cautatorio, come di un sequestro più o meno urgente o di una produzione di documenti, della esibizione di un conto in un termine già prefisso? Io credo che non solamente gli atti cautatorii, che non ammettono dilazione, ma neppur quelli che tengono puramente a difesa, cadano sotto la inibizione; ritengo che il procuratore in contrario costituito non sia privato della sua qualità per la comunicazione degli atti indispensabili, o che non possano differirsi senza pericolo. Mancato il procuratore, la notifica si farebbe alla parte.

b) Che dire degli atti di giudice? Vi è un punto determinato dalla legge, oltre il quale il caso di morte o il cangiamento di stato non è più osservabile: *allora la causa trovasi in istato di essere giudicata* (art. 335). Ma prima di quel punto l'evento potrebbe manifestarsi in prossimità di una decisione che sta per pronunciarsi, poniamo in controversia incidentale. Deve sospendersi la pronunzia? La sentenza sarebbe nulla? Basti di aver posata la questione, cui risponderò nella chiosa del seguente articolo, al quale appartiene.

c) Se la parte che ha subìto il cangiamento di stato continui la causa senza aspettare il termine della citazione, non sarà egli valido il giudizio? L'affermativa è evidente; è l'effetto indisputabile del contratto giudiziale.

d) Qual via tenere per far dichiarare la nullità degli atti? Tace la legge nostra, come tacque la francese, permettendo questioni variamente risolute da Carré, Favard de Langlade, Pigeau, Chauveau, e dagli stessi tribunali. A me sembra molto semplice, che se fra gli atti che crediamo nulli ci sono delle sentenze, da queste si appella ove si possa, o si ricorre in cassazione. Se il giudizio continua, è avanti gli stessi giudici che si domanda la nullità: questa è pure l'opinione del Pigeau nel *Commentaire*, tom. I, pag. 627.

Articolo 335.

Quando la causa trovisi in istato di essere giudicata, non è necessaria per la decisione di essa la citazione per riassunzione d'istanza, o per costituzione di nuovo procuratore.

La causa è in istato di essere giudicata quando sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, nei procedimenti sommari, quando la relazione all'udienza sia cominciata.

Articolo 336.

La citazione per la riassunzione d'istanza, o per la costituzione di un nuovo procuratore, è fatta nei modi e coi termini stabiliti nel titolo III di questo libro.

Nella citazione si enunciano i nomi e cognomi dei procuratori già costituiti in causa.

Se la parte contro cui si riassume l'istanza ha procuratore costituito nel giudizio, l'istanza è riassunta con comparsa notificata al procuratore.

Annotazioni.

È chiaro che la prima parte di questo articolo si applica alle due specie previste dall'articolo 332 e 334.

Articolo 337.

Quando la parte citata per riassumere l'istanza o per costituire nuovo procuratore non comparisca, la causa si prosegue in sua contumacia.

Annotazioni.

1. *Interruzione d'istanza* non accade mai in giudizio contumaciale nel quale non possono aver luogo le notificazioni preordinate in questo titolo. Ma la parte che si batteva in giudizio contraddittorio può cadere in istato di contumacia. Qui è d'uopo fermarsi un momento a vedere se in questa specialità siano osservabili quelle larghe forme, e praticabile quel lusso, direi così, di cautele di cui la legge circonda la contumacia. Il Codice di procedura francese, da cui riconosciamo questo sistema con qualche miglioramento recente, ha una espressione che può dirsi decisiva nell'articolo 349: « Si à l'expiration de délai, la partie assignée en reprise ou en constitution ne comparait pas, il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise, et ordonnera qu'il sera procédé *suivant les derniers errements* (*) *et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient a courir* ». Il Codice di procedura sardo del 1854 aveva rilevato lo stesso concetto, con frasi però meno barbare... *si proseguirà in di lei contumacia* (della parte citata per la ripresa d'istanza o per la costituzione di un nuovo procuratore) *la causa, partendo dal punto in cui questa trovavasi al tempo dell'avvenuta sospensione.* Piacque all'articolo 441 dell'ultimo Codice sardo riprodurre le parole: ora l'art. 337, che appare più semplicemente redatto, ha deposto il concetto del termine, e trattasi di vedere se vi sia implicitamente contenuto.

Ho ragione di credere vi sia contenuto, atteso quelle parole *la causa si* PROSEGUE *in sua contumacia.* La *interruzione* è un vantaggio, qualunque sia, accordato alla difesa del sopravenuto; l'attore non avrà interesse per abusarne, ma il convenuto può averlo. Ripugna il pensare che essendo una volta comparso, benchè in altra qualità o nella persona del suo autore, possa ora reclamare la posizione del contumace nel senso generale della parola, e cangiare incongruamente e stranamente l'ordine di procedere. Questo è già fermo nella giurisprudenza francese. Il CHAUVEAU dice non aver mai creduto « devoir comprendre la reprise d'instance dans le cas où l'application de l'article (153) est nécessaire »; ed infine essere *una procedura particolare* appropriata a questa combinazione eccezionale (in CARRÉ, quest. 1292). Giusto è ancora che il non comparso senta la conseguenza di una mancanza imputabile, rivolta, come si vede, a procrastinare un giudizio che procede nel suo corso regolare; e sta bene, che se non vuole difendersi, si giudichi senza difesa. Non aspetti adunque le comode assegnazioni degli articoli 381 e segg., chè nel giorno stesso in cui la causa è chiamata all'udienza potrà esser decisa.

A questa medesima stregua deve risolversi

(*) La traduzione autentica italiana del Codice di procedura civile italiano leggeva... *colla quale* (sentenza) *viene ordinato che si debba continuare sulle ulteriori tracce, senz'altri termini che quelli che restavano a decorrere.* — *Errement* significa l'ultimo stato della procedura. Così il CARRÉ in una nota a questo Titolo, soggiungendo: « Ainsi procéder *suivant les derniers errements*, c'est proceder dans l'etat où se trouvait l'instance au moment de son interruption, et à partir conséquemment du dernier acte de la procédure ».

il caso che di più chiamati, per es. più eredi, taluno comparisca ed altri no; e dovrà escludersi l'applicazione del capoverso dell'articolo 387, e ogni altra relativa, come parve saggiamente al CARRÉ ed al CHAUVEAU di dovere escludere *le profit de défaut* (detta questione 1292) che non avrebbe più ragione di essere, mentre noi supponiamo già le parti regolarmente citate e già prima comparse, supponiamo il processo nel comune contesto condotto sino a quel punto; onde se una si presenta e costituisce procuratore e non l'altra, non saranno a temersi decisioni contraddittorie.

2. Vi è per altro una limitazione che scaturisce dalla posizione naturale dei contendenti, quella dell'articolo 332. La citazione rinnovata in quel caso tien luogo effettivamente della prima; quindi se non fu ancora costituito procuratore, se cioè non si è comparsi ancora in giudizio, niente osta che uno si renda contumace, e gli siano applicate le disposizioni tutte della seguente sezione XII.

§ 2.

Della perenzione d'istanza.

Articolo 338.

Qualunque istanza è perenta se per il corso di anni tre non siasi fatto alcun atto di procedura.

L'istanza è altresì perenta quando non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia nel termine stabilito dall'articolo 383.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — La soverchia estensione delle liti mosse i legislatori antichi a circoscriverne la durata. Li *judicia legitima*, ricordati da CAJUS nel *Commentario*, § 104, dapprima illimitati, vennero dalla Legge Giulia ristretti allo spazio di mesi diciotto (BONJEAU, *Des action.*). Per converso il *judicium imperio continens* fuori del raggio di Roma, nelle provincie, durava *quamdiu is qui ea percepit imperium habebit* (CAJUS, *Comment.*, § 105). Un limite anche questo ma incerto, e talora sì breve che ai magistrati non restava tempo per compiere l'ufficio. Cessata la procedura formularia e l'*ordo judiciorum*, nuovi ordinamenti a limitare il corso delle liti si vennero succedendo, testimonio in più luoghi il Codice Teodosiano. Giustiniano dettò nell'anno 530 la sua famosa costituzione (*Properandum nobis visum est ne lites fiant pene immortales et vitæ humanæ modum excedant*), e ingiunse che ogni lite civile, sopra qualsiasi negozio, nel termine di tre anni dovesse aver fine, col riguardo dovuto a quelle infinite previsioni e precauzioni che a lui piacquero. Ma era quella una vera *prescrizione dell'azione:* istituto del tutto diverso dal presente d'origine francese. È fra i più gravi doveri del legislatore preordinare in guisa gli eventi del processo da occupare il minor tempo possibile; ma non potrebbe fare di più senza premer di troppo sulla libertà, mettere in pericolo i più grandi interessi della giustizia. Soltanto egli può dominare sino a un certo punto la successione degli atti; non coll'imporli, non coll'affrettarli, che fu vizio delle vetuste istituzioni, ma coll'attribuire un senso alla *diuturna discontinuità* del processo, e inferirne il volontario abbandono della procedura. Onde nacque l'istituto della *perenzione d'istanza*, che nella Ordinanza del 1539 e in quella successiva di Carlo IX, detta di Roussillon, ottenne quella forma che ha poi sempre mantenuta in ordine all'oggetto, non avendo quella di Luigi XIII nel 1629 fatto altra cosa che render comune la legge a tutti i paesi di Francia.

2. *Dei caratteri della perenzione d'istanza.* Lo scopo del legislatore è manifesto e non occorre disputarne. Ciò che praticamente importa è distinguere questa istituzione dalle altre che per una certa affinità vi si accostano e potrebbero anche confondersi. Giova dunque osservarla nei suoi rapporti negativi.

La perenzione d'istanza partecipa della prescrizione in quanto ritrae la sua ragione dalla inerzia e dal tempo: ma non è propriamente *prescrizione*, la quale, considerata nel suo duplice aspetto di acquisitiva o liberatoria, ha sempre per termine la costituzione di un diritto perfezionato dall'opera del tempo. La perenzione è distruttiva, meramente distruttiva; dissolve il giudizio e fa che non abbia mai avuto esistenza.

La perenzione d'istanza, che ha uno dei suoi fondamenti nel presunto abbandono della lite, sembra fraternizzare colla *rinuncia;* che però, come cosa distinta, viene considerata e regolata dal seguente § 3, articoli 343 e seg. La rinunzia, oltre potersi fare in qualunque tempo, è un atto specifico e positivo della volontà particolare: la perenzione è un ordinamento del legislatore che da quello stato di cose deduce conseguenze che trova utili all'interesse generale.

3. Si dice *istanza* e non *giudizio*. Basta perciò che vi sia una citazione notificata alla parte, presentata al giudice; non è mestieri di successiva contestazione, come in alcuni luoghi della Francia era costume. La istanza che non ha un carattere giudiziale, che cioè *non ha per proprio oggetto la decisione di una contesa avanti un giudice*, qualunque sia, non è compresa, per consenso generale degli autori, nel sistema della perenzione (CARRÉ, quest. 1449, 6; BOITARD, MERLIN, *Répertoire*, v° *Péremption;* REYNAUD; PIGEAU, *Comment.*, t. I, pag. 667); tale sarebbe una domanda in conciliazione. Tali sarebbero pur anche gli atti di esecuzione, se non che leggi speciali gli assoggettano a perenzioni anche più brevi.

4. Quanto alla *generalità della disposizione* negando taluno la sua applicabilità alle liti commerciali, non è più lecito dubitarne; solo bisogna ritenere che non ha luogo in giudizio di arbitri, regolato da particolari ordinamenti.

5. *Del primo e dell'ultimo giorno del termine.* Quantunque la *perenzione* si differenzi dalla *prescrizione* per le ragioni dette, la misura elementare del tempo dee conformarsi a quella che il Codice civile statuisce per la prescrizione con cui ha comune l'estensione annale, onde non può ricever norma dai termini che occorrono nello svolgersi del giudizio. Anche gli scrittori francesi trovano la regola nell'art. 2060 del loro Codice civile. Seguiremo quindi le disposizioni seguenti: « La prescrizione si computa a giorni interi e non ad ore » (art. 2133). — « La prescrizione si compie nell'ultimo giorno del termine » (articolo 2134). Il giorno in cui è segnato un atto di procedura è certamente fuori del termine, *dies a quo non computatur in termino*. Il Codice vuole che ogni mese si computi a trenta giorni. Ma ciò s'intende rispetto alle prescrizioni mensili; le annali si compongono di periodi uniformi rappresentati dal giro stesso degli anni.

6. *Del corso del termine della perenzione.*

a) *Se un trattato di transazione* apertosi fra le parti, e caduto senza effetto, *abbia potuto per un certo tempo sospendere il corso della perenzione*, io credo essere giudizio di circostanze, benchè in massima sia lecito sostenere che, mentre di buona fede si accudisce ad un trattato, si visitano documenti, si discutono condizioni, non si è imputabili di non proseguire la lite; e trovo fortunatamente non poche autorità in questo senso (FAVARD DE LANGLADE, t. IV, pag. 193, n° 6; THOMINE, t. I, pag. 642; REYNAUD, *Traité de la péremption*, e decisioni di Corti francesi.

b) Le osservazioni da noi fatte sul precedente § 1 *della interruzione d'istanza*, potriano dar luogo al dubbio se il tempo della interruzione *sia sospensivo del corso della perenzione*. È noto che in Francia viene largito a questo preciso effetto un termine ulteriore, invero esorbitante, di sei mesi (capoverso dell'articolo 397): termine che il maggior numero dei dottori ritiene distinto affatto da quello della perenzione, e verificabile eziandio che il decesso o altre cagioni d'interrompimento non siansi verificate entro il giro della perenzione medesima. Osservabile che questo sistema ci tocca, a così dire: ieri era pure il nostro (articolo 462, capoverso del Codice sardo del 1859). La disposizione è tolta; e questo ci convince che ad altro ordine d'idee si è drizzata la mente. Siamo oggidì noi, che non abbiamo più quella disposizione, talmente legati al termine dei tre anni, ed è sì pronta la legge a dichiarare che la perenzione *è di pieno diritto*, che si abbia a respingere ogni idea d'*interruzione* che non nasca da un atto della procedura, *cioè da un atto giudiziale dell'una e dell'altra parte?* Rispondiamo. Supponendosi fatta, eziandio nell'ultimo giorno del termine, la *notificazione della morte*, *ecc.*, la perenzione rimane interrotta, e la parte contraria rientra nel diritto di riassumere la procedura. Se nulla è fatto, e il triennio si compie nel silenzio, è chiaro che sotto questo rapporto interruzione non esiste.

Qualche disappunto potrebbe avvenire: la legge non se ne occupa. Negli ultimi giorni del termine muore una delle parti: si apre la sua successione; gli eredi sono per necessità o per volontà beneficiarii: uno spazio occorre per decidersi e far l'inventario. Non importa: il tempo abbondò a chi avesse voluto di proposito continuare la procedura; non è impossibile agli eredi stessi, qualunque siano, fare un atto conservatorio; e se loro nuoce la negligenza dell'autore, la conseguenza che sopra essi ricade è legittima.

7. *Degli atti interruttivi della perenzione.* Ci bastino poche parole. La legge francese si esprime che la perenzione *se couvrira par ces*

Digitized by Google

actes VALABLES, *faits*, *etc.* (art. 399). La nostra non accenna che ad *atti della procedura.*

Con questo intendiamo: 1° *atti che siano nel novero di quelli considerati nel Codice di procedura civile*; 2° *che abbiano rapporto col giudizio pendente.* Benchè, generalmente parlando, gli atti debbano far parte della stessa procedura, possono venire però in considerazione pur quelli che si facessero avanti ad altre autorità giudiziarie allo scopo della causa medesima, provocando, per es., un regolamento di competenza ad un giudice superiore; 3° *che siano, nel loro genere, compiuti.* Es., se si fosse mandata una citazione senza poi produrla negli atti; se si fossero offerti in comunicazione documenti che non vennero esibiti, simili atti non sarebbero compiuti. Tale, per converso, sarebbe la esibizione di documenti non comunicati all'altra parte; 4° *l'atto di procedura, quantunque irregolare o annullabile, purchè nel suo genere compiuto,* difende dalla perenzione: nel che si guarda principalmente all'animo e volontà di proseguire la lite.

In pratica può facilmente concepirsi la idea di una condizione a render l'atto capace di interruzione, cioè che sia fatto noto all'altra parte: ma io credo che il criterio non sia questo. Ciò è necessario, io diceva, al perfezionamento dell'atto, ove però sia di qualità che per legge debba notificarsi; è in questo solo senso che potrebbe accettarsi la massima.

8. *Intorno al capoverso dell'articolo.* La sentenza emanata in contumacia, come ogni altra sentenza definitiva, arresta il corso della perenzione. Ma la opposizione regolare la dissolve e la riduce alla non esistenza. Pertanto o non vi fu opposizione o la opposizione non fu regolare, la sentenza avrà in ordine al presente diritto tutto quell'effetto che alle altre sentenze viene attribuito, secondo ciò che sarà detto all'articolo 341; ovvero la opposizione fu ammessa, non avrà effetto di sorta. Finchè la sentenza esiste, finchè non si è tentato con esito il rimedio della opposizione, di perenzione più non si parla.

Il nostro testo *crea una perenzione di genere nuovo.* Se nel termine dei 60 giorni *non è domandata la dichiarazione di contumacia,* vi è perenzione d'istanza, la quale, come ben si ravvisa, non è fondata *in prolixitate temporis,* ma nell'inadempimento di una disposizione diretta a definire lo stato imbarazzante della contumacia: ed è una *perenzione speciale alla procedura di contumacia.*

Articolo 339.

La perenzione ha luogo anche contro lo Stato, gli istituti pubblici, i minori, e qualunque altra persona che non abbia la libera amministrazione de' suoi beni, salvo il regresso contro gli amministratori.

Annotazioni.

L'articolo 398 del Codice di procedura civile francese nella sostanza è lo stesso; ma parlando dei minori, il CHAUVEAU sostiene doversi eccettuare quelli che non furono provveduti di tutori (In CARRÉ, quest. 1433), questione che non era nuova. Il DALLOZ l'ha confutata vittoriosamente ai n° 72, 73, 74 del *Répertoire génér.*, v° *Péremption*, ai quali mi rimetto.

Articolo 340.

La perenzione si opera di diritto.

Quando voglia continuarsi l'istanza scaduto il termine, chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente prima d'ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunziato.

Annotazioni.

1. « Il Codice francese informandosi alle « consuetudini di alcune di quelle provincie, « secondo le quali la perenzione non aveva « luogo di diritto, rendette necessaria una do- « manda formale della parte interessata: fin- « chè non viene proposta questa domanda, la « perenzione potrà, anche dopo i tre anni di « abbandono del giudizio, essere esclusa da un « atto della procedura. — Ne segue che nel « sistema del Codice francese è sempre neces- « sario un nuovo procedimento che può per- « correre tutti i gradi della giurisdizione, per

« ottenere che il primo sia dichiarato estinto. « La perenzione di un procedimento abbandonato non si acquista altrimenti che col prezzo « di un nuovo procedimento. Si viene così a « togliere alla perenzione il suo vero carattere, quello cioè di una eccezione perentoria « che si oppone alla parte contraria, la quale « volesse proseguire una istanza che ha già « finito il suo tempo. — Il progetto, seguendo « pertanto il Codice ginevrino ed il sardo, considera la perenzione come un'istituzione « perfettamente analoga alla prescrizione (analoga sì, non identica: lo abbiamo visto al « commento dell'articolo 338), come un diritto « che si acquista in forza della legge. Perchè « sussista non è necessario chiedere al giudice una dichiarazione relativa, ma, come « avviene di qualunque altra eccezione, basta « che venga opposta dalla parte interessata » (*Relazione* PISANELLI).

Questa esposizione ha tutta la perspicuità desiderabile. Si tratta di una *eccezione nascente dalla legge*, e di una eccezione perentoria. Essa però *dev'esser proposta prima di ogni altra difesa:* e ciò perchè altro è che la *perenzione operi di diritto*, ed altro è che si possa statuire d'ufficio, o ritenersi irrenunziabile. Avverto a quella formula così assoluta, *prima di ogni altra difesa*. Non si aggiunse *di merito*, essendochè la stessa eccezione d'incompetenza *ratione materiæ* pregiudicherebbe quella della perenzione che è di assoluta e, direi, delicata priorità, mentre qualunque impulso a profferire giudizio implica la sussistenza della istanza.

2. *Se la perenzione sia indivisibile.* L'argomento si piega all'esame. Colui che eccepisce la perenzione, e mal non fece atto, potrebbe sentirsi obbiettare che altri suoi consorti di lite fecero quanto basta per interromperne il corso.

Se trattasi di *oggetto indivisibile* la questione non potrebbe neppure proporsi: la giurisprudenza è così unanime su questo punto che torna superflua ogni citazione. Può dubitarsi allora soltanto che l'oggetto sia divisibile e separato il rapporto d'interesse, se, per es., fu domandata una somma, divisibile di sua natura; si potrebbe non trovare assurdo che la lite rimasta intera per coloro che fecero qualche atto continuativo della procedura, contro i negligenti si dichiarasse perenta. In questa sentenza di fatti andava il PIGEAU (*Comment.*, t. I, pag. 677 e seg.), autore degno di rispetto, al quale parve che la conclusione non fosse contraria a verun principio. In tempo più remoto la questione si presentò al Parlamento di Tolosa, e una decisione del 5 marzo 1755, riferita da RHODIER nelle sue *Questioni sulla ordinanza del* 1607, aveva adottato non esser luogo a perenzione. MENELET, nel suo *Trattato delle perenzioni*, e il suo annotatore riportano decisioni simili di altri Parlamenti, indi della Corte di Brusselles del 5 ventoso, anno XII, tutte in tema di oggetto divisibile. C'istruisce il MERLIN (*Répertoire*, v° *Péremption*, quest. *de droit*, § VI) che anche dopo il Codice di procedura la controversia si rinnovò più volte, e la giurisprudenza *che esclude in ogni caso la perenzione parziale* cominciò a prevalere. Oggi la dottrina non ha più contradditori. Un gran numero di decisioni sono citate da CHAUVEAU alla quest. 1427 in CARRÉ, del DALLOZ.

Il primo ne dà una ragione convincente. Userò le sue parole: « Pourquoi *confondre « l'action et ce qui en fait l'objet à l'instance, « qui n'en est que l'exercice?* On sent très« bien que la divisibilité de la dette est indif« férente à la divisibilité de la procédure. « Quand il s'agit d'annuler une instance, la loi « ne s'occupe en aucune façon de la nature de « l'action; elle ne considère qu'une chose, la « nécessité de mettre un terme au procès; « elle ne veut pas qu'on éternise les procé« dures par des lenteurs calculées, ou même « par négligence; et voilà pourquoi elle permet « de les éteindre lorsqu'elle sont discontinuées « pendant un certain temps ».

Articolo 341.

La perenzione non estingue l'azione, nè gli effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino dagli atti, ma rende nulla la procedura.

La perenzione nei giudizi di appello o di rivocazione dà forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata, quando non ne siano stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei detti giudizi.

Annotazioni.

1. *La istanza conserva l'azione:* questo è il principio: *Omnes actiones... quæ tempore peremunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

Il corollario pratico più sicuro che può de-

rivarsi da questo principio si è: che quand'anche l'azione avesse compito il suo tempo pendente il corso della istanza, essa dura ancora sino al consumarsi della perenzione, come continua sino all'esito della lite, dopo il quale il giudicato produce gli effetti giuridici che gli son proprii. Con una formula più breve: *la prescrizione non genera e non produce la perenzione.*

Una seria questione si presentò ai giureconsulti francesi, ed è questa. Se, dopo essersi introdotto un giudizio, si lasciò giacere tanto tempo quanto bastò per verificare la prescrizione dell'azione, in tale stato di cose la perenzione e cessazione totale della procedura nascesse dalla prescrizione medesima. La questione era seria e grave rispetto al sistema; conciossiachè stanziando quel Codice che la perenzione non era di pieno diritto, ma doveva essere implorata dal giudice, ne veniva questa conseguenza: che finchè la domanda non era stata fatta, la perenzione non aveva mai luogo, quindi la procedura sempre pendente manteneva l'azione e la protraeva oltre i termini ad essi assegnati dalla legge civile, e cioè fino *alla domanda della perenzione.*

La questione non esiste per noi. La perenzione si compie per ministero di legge; laonde *se la prescrizione si verifica nel triennio, l'azione stessa si estingue al compiersi del termine medesimo.*

C'è di più. La prescrizione non viene interrotta da una istanza caduta in perenzione (Codice civile, articolo 2128).

2. *Dei giudicati che fanno ostacolo alla perenzione.* Nata sentenza definitiva, o avente carattere definitivo, la perenzione d'istanza non è più possibile: la istanza ha avuto un effetto, fu trasformata nella decisione. Da quel punto si ha l'*actio judicati*, la cui estinzione è regolata con principii diversi.

Si domanda se una sentenza interlocutoria od ogni sentenza interlocutoria sia ostacolo alla perenzione, o quella solamente che *forma pregiudizio sul merito*, contro la quale non vi è altro rimedio che l'appello. Così è in fatti. L'ammissione della prova testimoniale, contestata, è di questo genere; ciò dicasi dell'ammissione di ogni altra prova che *touche le fond du procès*, pronunciata in contraddittorio delle parti (Cassazione, 23 luglio 1858, BETTINI, vol. 1, pag. 660; Corte di Chambéry, 21 novembre 1857, BETTINI, vol. 9, p. II, p. 1814).

Fra le sentenze che impediscono la perenzione sono da noverarsi quelle che decidono provvisoriamente sopra uno stato di fatto, o anche sopra una controversia di diritto con o senza cauzione, quantunque la sentenza definitiva sia per annullarle o trasformarle. (Si disputa della proprietà di acque irrigatorie e del conseguente modo di usarne. Il tribunale ordina un modo di godimento provvisorio, in corso di lite.)

Di simili sentenze favella l'articolo, ove dice: *la perenzione non estingue gli effetti delle sentenze pronunciate.* La dizione non è corretta. Doveva dirsi piuttosto: che la pronuncia di tali sentenze impedisce la perenzione.

Non sono considerate sentenze, ma atti della procedura, i decreti di ordinatoria o preparatorii, le ordinanze, qualunque siano, di presidenti o di giudici delegati, e in generale quelle risoluzioni che non legano i giudici e non partoriscono, secondo il nostro sistema, la eccezione della cosa giudicata. Fu anche deciso, e parmi con ragione: non formare ostacolo alla perenzione una sentenza che non risolve se non intorno un vizio della procedura, sul quale nacque contesa (REYNAUD, CHAUVEAU, quest. 1241, Corte di Nîmes, 22 maggio 1821). Similmente, in fatto di litl-pendenza decisa da un tribunale, giudicò la Cassazione nostra (9 novembre 1858, BETTINI, vol. 10, pag. 809).

Le sentenze interlocutorie che pregiudicano il merito e le provvisionali *confermano la procedura anteriore*, ma preludono ad una posteriore, che diventa necessaria per condurre la causa al suo compimento. Se non che da quella pronuncia un novello periodo ricomincia che, maturato nel silenzio di tre anni, fa acquistare alle pronunciate sentenze la ragione di cosa giudicata.

3. Qui sorge una combinazione che giova osservare.

Ma prima occupiamoci un momento del capoverso.

La perenzione invade, permettetemi la frase, anche i giudizi d'appello, anche i giudizi di revocazione: rapporto a quelli di cassazione vedremo un po' più avanti. Ma una sentenza nell'uno e nell'altro giudizio *può aver modificati gli effetti* della prima. Qui non si parla, a quanto pare, di sentenze definitive che siansi surrogate alla prima, ma di qualche interlocutoria che implica una decisione sul merito. Ultima in ordine, è a questa il rappresentare lo stato della causa. La perenzione è nata dopo la pronunzia di codesta sentenza: il testo non può avere altro senso.

Che sarà pertanto di tali sentenze interlocutorie o provvisionali che restano in piedi in mezzo ad una procedura ruinata che non può più continuare? Posto che l'azione non è estinta dalla perenzione che ha colpito la procedura posteriore, forse diretta a oppu-

gnare la stessa sentenza; posto ch'essa possa di nuovo esercitarsi, il giudizio potrà essere introdotto *noviter* e come principale. L'attore sarà costretto a tener conto della cosa giudicata ed a rispettarla. Riassumendo come oggetto del suo giudizio la prima o una diversa domanda, si atteggerà in modo che il suo punto di partenza sia la stessa cosa giudicata, quando possa giovarsene.

4. La legge è provvida *nel conservare le prove*. Valgano a chiosa le parole dell'illustre PISANELLI: « Infatti, se il giuramento fu prestato, il silenzio delle parti non può distrugger un documento acquistato nel giudizio, come non distrugge quelli formati prima del giudizio stesso. Se un fatto venne confessato dalla parte, dichiarato dai periti e dal magistrato nel processo della ispezione giudiziale, l'abbandono totale del procedimento pel tempo necessario alla perenzione non può per se stesso menomare la verità del fatto confessato o dichiarato. Parimente il silenzio delle parti non può in alcun modo influire sulla credibilità delle deposizioni dei testimonii ».

Pertanto alcuni frammenti del giudizio, come si vede, rimangono interi, e si trasportano, per così dire, di un pezzo nel giudizio nuovo, supponendo validi i decreti che vi diedero luogo, validi gli atti, valide le procedure relative. Ciò è bene, ciò è ragionevole; soltanto quelle parti di un edifizio caduto restano sconnesse e devono adattarsi alla nuova costruzione. La Relazione dichiarò *che si ebbe in animo di generalizzare il sistema*, e di non far eccezioni. Quindi scostandosi dal Codice di Ginevra, notò che se pure i medesimi testimonii vivessero, non si dovrebbero di nuovo esaminare.

Onde però le prove raccolte si trapiantino, senza discussione e così come stanno, nel nuovo processo, due condizioni si richiegono: 1° *che il nuovo giudizio si riproduca fra le stesse persone o loro rappresentanti*; 2° *che sia intentata la medesima azione al giudizio*, e non una diversa, quantunque scaturisca dalla stessa origine, com'è noto poter avvenire: per es., chi in virtù dello stesso contratto domandò il pagamento di corrisposte convenute, ora per un patto che vi è inserto ne domandi la risoluzione. Forse le prove che valsero pel primo o non si attagliano al secondo giudizio, o diventano discutibili, per lo diverso indirizzo che questo assume, e lo esercizio di mezzi non identici.

5. *Anche il giudizio in cassazione soggiace alla perenzione?* Ne toccai di sopra, ed ora rispondo negativamente.

La perenzione però può aver luogo nel tempo successivo; e prevenire lo stesso *giudizio di rinvio* (DALLOZ, v° *Péremption*, n° 102; Cassazione francese, 12 giugno 1827; *Journal Av.*, t. XXXIII, pag. 231; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1421 ter). Il che può avvenire in più guise, o che non sia stato proseguito il giudizio medesimo, o la sentenza di cassazione non sia stata notificata, ecc. Il ricorso regolare (e se non fosse, non esisterebbe giudizio di cassazione) non cade per tempo: forse perchè avanti l'Ordine supremo non si fanno propriamente delle procedure, e dove siano incombenti da adempiere, speciali disposizioni ne regolano l'osservanza. Se la perenzione si fosse prima verificata, essa costituirebbe un'eccezione che farebbe irricevibile il ricorso. L'atto stesso di ricorso, non eccepito, sarebbe valido rimedio ad una perenzione già incorsa. Ma dalla pronuncia della sentenza della Corte suprema, che non sia di reiezione del ricorso, riaprendosi il corso del processo, la sua medesima sentenza potrebbe svanire e restare senza effetto per la inazione di tre anni, come sopra si osservò, e allora quella che fu già denunziata resterebbe nel suo pieno vigore di cosa giudicata.

Articolo 342.

Nel caso di perenzione ciascuna delle parti sopporta le proprie spese del giudizio perento.

§ 3.

Della rinunzia agli atti del giudizio.

Articolo 343.

La rinunzia agli atti del giudizio può essere fatta in qualunque stato e grado della causa.

Per le persone sottoposte all'amministrazione o assistenza altrui la rinunzia non può farsi, nè accettarsi fuorchè nella forma stabilita dalla legge per abilitarle a stare in giudizio.

Articolo 344.

Per la rinunzia agli atti del giudizio, l'accettazione, e la revoca della medesima, il procuratore deve essere munito di mandato speciale salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Annotazioni.

1. Nel contesto di più contendenti ognuno di essi può *rinunziare* e ritirarsi dal giudizio, trattandosi di oggetto divisibile. Nessun pregiudizio ai consorti, che potranno ben conseguire ciò che loro spetta. *Quid, se si tratta di oggetto indivisibile?* Non è meno aperto che i non rinunzianti possano insistere per la determinazione del diritto in quel modo che un solo di essi avrebbe potuto reclamarlo, o l'oggetto sia individuo per natura o per convenzione. In ogni ipotesi, coloro che *judicio manent* non sono pregiudicati dalla rinunzia di altri contendenti; e se lo fossero, potrebbero opporsi. Sul tema della posizione nella quale va a trovarsi il convenuto obbligato a dare il solido, corre una dottrina che merita di non esser dimenticata. Si è detto che in questo caso: *le débiteur poursuivi, s'il succombe, demeure subrogé aux droits des demandeurs qui s'est desisté* (*Praticien*, t. II, pag. 418, opera riputata in Francia, e che io cito solo come fonte della dottrina approvata dal PIGEAU, *Commentaire*, t. I, pag. 690, dal CARRÉ, dal CHAUVEAU, quest. 1454). Qui si suppone che la rinunzia sia stata accettata; e uno o più degli attori siano in effetto usciti dal giudizio. *Il debitore avrà diritto di chiedere una cauzione da colui al quale paga il solido* che lo guardi dalle molestie che potrebbe sostenere dai concreditori, ciò traendo per forte ragione di analogia dall'articolo 1207 del Codice civile. In questo senso crederei applicabile la esposta dottrina. Non può effettuarsi una vera e propria surrogazione del debitore nei diritti del coattore rinunciante, atteso che *chi rinuncia agli atti della lite*, non rinuncia all'azione, non rinuncia al credito, non rinunzia al diritto, il che sarebbe necessario per dar vita ad una surrogazione.

2. Nella cerchia limitata da questi due articoli sembra che ogni rinuncia regolare accettata dal convenuto faccia cadere il giudizio. Ma ragion vuole che i terzi, i quali hanno un interesse attuale e un diritto già posto in esercizio, non siano fraudati, onde si riterrà per essi e per conto loro proseguire la lite. Così fu deciso *che la rinuncia dell'attore principale non deve nuocere al terzo interveniente* (Cassazione francese, 30 agosto 1825, *Journal Av.*, t. XXX, p. 161); *che malgrado la rinuncia all'appello principale, si mantiene l'appello incidente* (Cassazione francese, 23 novembre 1836, *Journal Pal.*, t. I del 1837, pag. 201, comune giurisprudenza), alla condizione però che l'appello incidente *sia anteriore*, come dissero con ragione più Corti francesi (Douai, 6 luglio 1819; Rennes, 16 marzo 1820; Poitiers, 16 gennaio 1824; Montpellier, 23 maggio 1828). Se l'appello incidente fu anteriore, può trasformarsi, *ordine servato*, in appello principale.

3. La *rinuncia* può essere: 1° nulla per intrinseco difetto; 2° inabile per viziosa e insufficiente espressione; 3° inefficace per mancanza di accettazione.

Il difetto di podestà, dichiarato in amendue gli articoli, riguarda la prima causa. La rinunzia che o non sia riferibile alla lite in corso, o sia involta in incongrue riserve, in proteste inopportune, in condizioni, pecca del secondo vizio.

È allora che si ammette l'invocato intervento del giudice. Il convenuto si riserva di dare o negare il suo assentimento ad una rinuncia regolare, ma intanto oppugna l'atto in se stesso, e può provocare un incidente che risolva questa preliminare contestazione.

Non ho avuto in pensiero di restringere in codeste proposizioni tutte le cause per le quali un atto di rinuncia può giudicarsi inammissibile, prescindendo dalla non accettazione dell'altra parte. Se l'atto fosse *fornito di motivi*, ciò potrebbe dar luogo a contestazione sulla concludenza dei motivi medesimi; ma io ritengo che la rinunzia non ha bisogno di esser motivata. Non escludo neppure la ipotesi di una evidente incompatibilità della rinuncia colla qualità o posizione dell'affare di cui si tratta, come fu qualche volta deciso; ma io non posso occuparmi di codesta singolarità. In genere dirò che la tendenza del nostro Codice è di tutelare la libertà del rinunziante, alla quale ha posto vicino il freno ben energico dell'accettazione.

Non è irregolare la rinunzia che non contieno l'offerta espressa di pagare le spese: la rifusione delle spese del giudizio è una conseguenza di diritto (articolo 343).

In judiciis contrahitur, dal che il diritto dell'accettazione. Da tale principio, onde l'atto di rinuncia acquista la sua perfezione, deriva che fino al momento della sua accettazione può esser ritrattata (PIGEAU, *Proc. civ.*, lib. II, part. 2, tit. 5, cap. 3, sez. 1, art. 3; THOMINE, DALLOZ, ecc.).

4. *Se il giudice possa interporsi per costringere il convenuto ad accettare la rinunzia*, è un problema che in generale è sciolto nel senso affermativo dai giurisperiti francesi, ed io, rispettandoli, non vorrei certo assumermi d'indagare quali fondamenti abbiano potuto trarne dalla loro legislazione. Quanto a noi, io sono di fermo avviso che il consenso del convenuto sia pienamente libero; ch'egli non abbia a consultare che il proprio interesse, *nè sia tenuto di esprimere i motivi del suo rifiuto*. Io non potrei aggiungere alla legge. Non ammetterei l'interposizione del giudice che qualora il rifiuto fosse motivato sopra un difetto, sulla inopportunità, illegalità, irragionevolezza della rinunzia: poichè in tal caso sorgerebbe una vera questione di diritto.

5. L'atto di rinuncia, il decreto d'autorizzazione, il mandato, se fa d'uopo, dovranno notificarsi al contrario interveniente. L'accettazione è un fatto espresso, esplicito e specifico: è fatto della parte, e la sua forma intrinseca è precisamente quella che viene assegnata nel capoverso dell'articolo 343. *Elle* (l'accettazione) *se fait comme le désistement lui-même* (PIGEAU, *Proc. civ.*, luogo sopracitato). L'accettazione quindi non si deduce, non si presume da verun argomento. L'ultimo Codice sardo aveva una disposizione (art. 470) in cui era detto che se dentro quindici giorni *dalla notificazione dell'atto di recesso* (allora così chiamato) *non si è dall'altra parte intimata l'accettazione, s'intenderà ch'essa vi abbia contraddetto, e la causa proseguirà il suo corso*. In effetto era dato un termine sospensivo di quindici giorni. Malgrado la disposizione non sia stata ripetuta, io avrei fede nello stesso sistema per una legittima estensione dell'articolo 164, che ho avuto ragione di avvertire qualche altra volta nel silenzio della legge. Soltanto potrà osservarsi che, ammettendosi la rinunzia *in qualunque stato e grado della causa* (in prima istanza o in appello), siffatto termine di sospensione non sarà sempre congruo, nè sempre possibile. Un litigante che si trova alle strette, che è sul punto di soccombere, se ne fa puntello, sicuro che otterrà una dilazione. Io dunque dico che un certo termine, che può ben esser quello di quindici giorni, gioverà interporre fra la notifica della rinuncia e l'accettazione, se non porti turbamento alla economia del giudizio. Ma se voi aspettate a far la rinunzia al momento dell'udienza, non potreto pretendere che si sospenda il giudizio, e aggiungo che in qualunque caso d'ambiguità, e dove occorra, potrà invocarsi l'ufficio del giudice perchè assegni all'altra parte un termine a decidersi. La legge lascia una certa larghezza e deferisce al criterio dell'opportunità. Del resto è palese che il silenzio della parte contraria *equivale alla non accettazione*.

Articolo 345.

La rinunzia accettata produce gli effetti della perenzione.

Essa obbliga il rinunziante a pagare le spese del giudizio.

Annotazioni.

È ben certo corollario di tutto questo che, non essendo contestata la lite, non comparso il citato, l'attore può a libito suo recedere e rinunziare al giudizio e anche a sentenza contumaciale quando sia nata. La nuova legge usa una formula semplice e chiara: la rinunzia ha l'effetto della perenzione, non più: la stessa domanda potrà quindi riprodursi, le stesse prove, in tutto conforme all'art. 341, senza timore del *bis in idem*, salva la prescrizione dell'azione, il cui corso per l'articolo 2128 del Codice civile non rimase perciò interrotto.

Digitized by Google

SEZIONE VIII.

Delle conclusioni del ministero pubblico.

Articolo 346.

Il ministero pubblico conclude nei casi indicati dalla legge e in tutte le cause che riguardano:

1° Lo Stato;

2° Le donazioni, e i legati fatti a benefizio dei poveri;

3° Lo stato delle persone, e le tutele;

4° Il matrimonio, e la separazione personale dei coniugi;

5° I minori, gli interdetti e gli inabilitati, gli assenti dichiarati, e generalmente tutti quelli che sono rappresentati o assistiti da un curatore o da un amministratore delegato dalla autorità pubblica;

6° La competenza per materia o valore, e i conflitti di giurisdizione;

7° Le ricusazioni di giudici e degli uffiziali del ministero pubblico, e l'azione civile contro di essi;

8° Quelli che si trovino per causa pubblica fuori del regno, e non siano rappresentati in giudizio.

Il ministero pubblico può richiedere la comunicazione degli atti in tutte le cause nelle quali lo creda necessario per l'osservanza della legge, e l'autorità giudiziaria può anche ordinarla d'uffizio.

Annotazioni.

Al numero 3°. — Sono questioni di stato tutte quelle che nascono dagli articoli 6 delle Disposizioni preliminari, e dai titoli I, IV, V, VI, VII, VIII, XII, lib. I del Codice civile, dal titolo VII, lib. III del Codice di procedura civile. E quanto alle tutele, le questioni che hanno origine dai titoli IX, X, XI, libro I, dagli art. 1052, 1053 dello stesso Codice; dai titoli V e VI del detto libro III del Codice di procedura.

Al numero 4°. — La donna maritata non è fra le persone privilegiate da questa speciale protezione dello Stato: deve bastarle quella del marito. Se quella del marito le fa difetto, allora subentra il giudice, che esaminato l'affare nell'interesse di lei, accorda o nega l'autorizzazione al contratto o alla lite. A tale decisione coopera il voto consultivo del pubblico Ministero (tit. IV, cap. 44 del Codice di procedura civile): e quando non si tratti che di questioni patrimoniali, il suo compito è finito. Quindi le stipulazioni relative al matrimonio come contratto (art. 1378 e seg. del Codice civile), e le controversie che verranno, non reclamano l'intervento del pubblico Ministero. Mi piace notare come un progresso della libertà l'abolizione del n° 9 dell'art. 181 dell'ultimo Codice sardo che estendeva il suo favore *alle donne, allorchè trattasi delle loro doti e ragioni dotali.* Io non amo troppo, lo dico schietto, l'intervento dello Stato nelle cause dei privati, dove non venga in compromesso l'ordine generale dei giudizi al quale lo vorrei riservato.

Al numero 5°. — La *difesa dell'assente* è insieme nell'interesse della umanità e in quella della cosa pubblica. Finchè la sua condizione è quella avvisata nell'articolo 21 del Codice civile, egli ha veramente bisogno della protezione dello Stato. Dispone di conserva l'articolo 793 della procedura. Se la sua assenza si prolunga, se è dichiarata, egli dev'esser tutelato di fronte a coloro che agognano alla sua successione. In simili giudizi ha veramente ragione di essere l'intervento del pubblico ministero: che anzi è manifesto competergli non l'intervento semplicemente, *ma la via d'azione*, come parte principale, eccettochè non sia già deputato un curatore all'assente, nel qual caso interviene come parte aggiunta e precisamente nei termini del presente articolo. Se non che pensa il BOITARD che *dopo la dichiarazione d'assenza* non sarà più necessaria l'opera del pubblico Ministero, benchè, egli dice, non manchino buone ragioni

per desiderarla, ma secondo esso la legge sino a tale non provvede (*Leçons de procédure*, n° 218). Debbo aggiungere che gli autori più chiari in questa materia, quali il PIGEAU, il CHAUVEAU e altri, mantengono quella opinione. Infatti, si osserva, fu in opposto il voto del Tribunato, che non venne seguito. Ma essendo anche il voto della ragione, l'art. 184, n° 5, dell'ultimo Codice si espresse *gli assenti* o *presunti assenti*, e per togliere ogni equivoco il nostro suona *assenti dichiarati*, il che non esclude i *presunti*.

Articolo 347.

Il ministero pubblico conclude all'udienza dopo la discussione delle parti.

Può anche richiedere che si assegni un'altra udienza per le sue conclusioni.

Annotazioni.

1. Nel Codice di procedura francese non è spiegato se *le conclusioni del pubblico ministero* abbiano ad essere *scritte* o *verbali*, ossia prese alla udienza, e la opinione della oralità prevalse (Cassazione, 29 messidoro, anno II, 13 termidoro, anno II, 2 gennaio 1824, MERLIN, DALLOZ, ecc.). Al legislatore sardo del 1859 piacque la contraria sentenza, e fu scritto l'articolo 186: « Le conclusioni del ministero pubblico, ove la legge non disponga altrimenti, *devono sempre essere scritte, e le parti hanno diritto di averne copia a loro spese* ». La prima relazione ministeriale sul progetto del Codice aveva espresso il più gran favore per la oralità delle conclusioni; nondimeno l'articolo si pronunzia in modo che lascia possibile l'uno e l'altro metodo, secondo la qualità delle cause, le abitudini dell'oratore, la varietà delle circostanze; e questo sembrami il migliore. Solamente le parti non hanno diritto alla comunicazione, i litiganti non sono messi a fronte del pubblico ministero come avversarii armati per combatterlo, nè possono rispondergli: e questa infine è la sostanza.

2. Il ministero pubblico, non operante come parte principale, ma interveniente nell'altrui litigio colla nobile missione di agevolare il compito della giustizia sopra una questione di cui non può mutare i termini sostanziali, a rigor di parola, non pone delle conclusioni, o almeno ciò deve intendersi in tutt'altro significato da quello che si attribuisce *alle conclusioni delle parti* che fondano in esse le basi del giudicato. Onde egregiamente il CHAUVEAU: « *N'est-ce « pas positivement sous forme de conclusions* « que ces moyens doivent être présentés par « lui (il pubblico Ministero): c'est plutôt sous la « forme d'un avertissement donné aux juges ». È certo pertanto e fuori di contestazione che non può il pubblico Ministero mutare la posizione della causa, fare istanze che non siano in relazione con quelle spiegate dalle parti, sulle quali, simile al giudice, esercita la sua critica illuminata e imparziale. Vi hanno nondimeno tali facoltà nel pubblico Ministero che appartengono al suo ufficio, per le quali è indipendente come la legge stessa ha voluto essere indipendente dalle transazioni delle parti: egli potrà sempre opporre per conto suo la incompetenza assoluta, e gli altri principii di interesse e d'ordine pubblico non vincolati mai a veruna privata controversia.

SEZIONE IX.

Della discussione orale e della polizia delle udienze.

Articolo 348.

Le cause sono chiamate all'udienza secondo l'ordine dell'iscrizione, salvo la preferenza alle urgenti e alle contumaciali.

Articolo 349.

Quando sia stato nominato un giudice relatore, esso fa la relazione della causa.

Quando la relazione debba farsi dalle parti, il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore: i difensori delle altre parti possono rettificarlo. Se l'autorità giudiziaria non creda sufficientemente stabilito il fatto, il presidente nomina un relatore e rimanda la causa ad altra udienza.

Articolo 350.

Dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni, e poi svolgono succintamente le ragioni su cui sono fondate.

Le parti, assistite dai loro procuratori, possono difendersi da se stesse. L'autorità giudiziaria deve vietarlo se la passione o l'inesperienza possa impedir loro di trattare convenientemente la causa.

Annotazioni.

La difesa personale è di diritto; ha il suo limite nella inesperienza, e perciò vi sono gli avvocati; nella passione, e anche questo è uno dei lati deboli della difesa personale. È di diritto, quindi non è più d'uopo, come un tempo, invocare un'autorizzazione. Nè le donne sono escluse in massima (THOMINE, t. I, pag. 197; CARRÉ, quest. 418; BONCENNE, t. II, pag. 297): se non che *fra la inesperienza e la passione* si troveranno a disagio.

Articolo 351.

Quando le parti non siano comparse tutte all'udienza, le presenti possono fare istanza per la spedizione della causa.

Annotazioni.

Mancato l'attore, lo stesso convenuto può fare la istanza: questo sistema, ora chiaramente enunciato, è buono. È palese che questa disposizione non conviene ai giudizi contumaciali che hanno regole loro proprie.

Articolo 352.

Finita la discussione, i procuratori che non abbiano depositato ancora gli atti della causa a termini dell'articolo 177, o che non ne abbiano fatta la restituzione nel caso espresso nell'articolo 180, o che li abbiano ritirati nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 349, debbono consegnarli al cancelliere riuniti in fascicoli, rispettivamente muniti dell'inventario, e della nota delle spese, sotto pena di una multa da lire cinquantuna a lire cento, salvo il disposto del primo capoverso dell'articolo 180.

Se uno dei procuratori ometta di consegnare gli atti, la causa è giudicata su quelli dell'altra parte.

Annotazioni.

Qual nembo di minacce in questo articolo! Fioccano le multe, non basta; la sentenza può proferirsi sopra una parte soltanto del processo! Noto l'incremento che la pena comminata nell'articolo 191 del cessato Codice sardo presenta nel nuovo italiano. Da lire dieci siamo arrivati alle cento! Un regolamento disciplinare deve farsi incontro agli abusi dei difensori e punirli: severità necessaria! Ma un Codice di procedura che prescrive norme a rispettabili ufficiali della legge, sparso di multe, mi sa della pena del bastone minacciata in un ordine del giorno ai soldati che non volessero muoversi al rullo del tamburo. Capite che ci sarebbe da screditare un esercito! Perchè non si applica la multa al magistrato, che pure non è impeccabile? Perchè si ha fede nella sua probità di magistrato, nell'affetto al do-

Digitized by Google

vere, nella diligenza, che non è l'ultimo al certo dei suoi doveri. Perdonatemi la breve intramessa in nome della dignità del ceto legale, in aggiunta a qualche altra che ho già fatta. Ma vediamo un momento la complicazione di codeste multe. Mi par chiaro che la legge intende cumularle. Supponiamo che un procuratore sia stato già condannato alla multa di lire cinque per ogni giorno di ritardo giusta l'articolo 177. È passato un mese. Gli cade addosso un'altra multa di lire cento. La causa è giudicata ad ogni modo *sugli atti esibiti dall'altra parte*; e su questo non c'è che dire; non si può giudicare di atti o documenti che non esistono.

Articolo 353.

Quando si debba ordinare il rinvio della causa, l'ordinanza la rimette ad altra udienza fissa.

Le parti ancorchè non comparse all'udienza si hanno per citate a comparire con la pubblicazione dell'ordinanza di rinvio.

Articolo 354.

Il presidente dirige le udienze e mantiene il buon ordine. Quanto prescrive deve essere immediatamente eseguito.

Articolo 355.

Chi interviene alle udienze non può portare armi o bastoni, e deve stare a capo scoperto, con rispetto, e in silenzio.

È vietato di fare alle udienze segni di approvazione o disapprovazione, o di cagionare disturbo in qualsiasi modo.

In caso di trasgressione il presidente ammonisce o fa uscire dalla sala il trasgressore, il quale, se non obbedisca, può essere sull'ordine del presidente condotto agli arresti per ore ventiquattro.

Quando il fatto costituisca un reato si osservano le disposizioni del codice di procedura penale sulla polizia delle udienze.

Annotazioni.

Sappiamo dall'articolo 619 e seguenti del Codice di procedura penale che la stessa autorità è attribuita rispettivamente ai pretori: dei conciliatori non si fa cenno. Ed io credo che non si possa dare la menoma estensione ad una legge che implica un potere straordinario e una ben grave coercizione penale.

Il Titolo VIII, Libro II del suddetto Codice riassume quest'ordinamento e vi dà una grande estensione. In qualche parte sono ampliate eziandio le norme dettate in questo articolo: il che giova rammentare.

SEZIONE X.

Delle sentenze e delle ordinanze.

OSSERVAZIONI GENERALI

Le classificazioni delle sentenze che si trovano nei più recenti Codici che sono in voce di accurati, furono intralasciate dal nostro con un proposito che nella Relazione del ministro Pisanelli ci è fatto palese: « Il progetto, fermo di non dare definizioni circa il carattere

« delle sentenze e di non stabilire differenze fra le medesime, per quanto concerne i mezzi « d'impugnarle, non formulò distinzioni che appartengono al dominio della scienza, ma seguì « via più semplice. Considera come sentenza qualunque pronunziato definitivo interlocutorio « o provvisionale dell'autorità chiamata a giudicare della causa, e ritiene quale semplice prov- « vedimento quello che emana soltanto dal presidente o da un giudice delegato. Ogni sen- « tenza, qualunque sia il suo carattere, può essere impugnata coi mezzi stabiliti dalla legge, « come contro qualunque provvedimento del presidente o del giudice delegato è aperta la via « del richiamo al collegio ». È inutile adunque la denominazione, perchè ogni pronunziato, meno quelli del giudice singolare, è impugnabile: questo è il concetto. Se non che una sentenza interlocutoria potrebbe non esser appellabile. Intorno a ciò altre ragioni ci porge la Relazione: « Spetta alla parte di apprezzare preliminarmente e definitivamente al magistrato « se una sentenza interlocutoria dovrà o potrà influire sulla decisione della causa, se la me- « desima costituisca un pregiudizio sul merito. Ma stabilire la necessità di un tale esame pre- « ventivo, al solo scopo se la sentenza si possa impugnare coi mezzi concessi dalla legge, è un « voler moltiplicare le questioni accessorie, rendere più irto di difficoltà il procedimento giudi- « ziario che per natura delle cose già ne abbonda soverchiamente; a ciò si aggiunga il male « che deriva sempre da una giurisprudenza incerta e vacillante ». Le considerazioni chiamate dall'argomento saranno da noi raccolte nelle note all'articolo 360.

§ 1.

Della pronunziazione e della forma delle sentenze e delle ordinanze.

Articolo 356.

I giudici devono deliberare dopo la discussione della causa.

Possono differire la pronunziazione della sentenza ad una delle prossime udienze.

Annotazioni.

La inosservanza di questa disposizione non porta nullità. Fra le varie decisioni che la Corte di cassazione ha pronunciate su questo articolo, noterò la più recente: Ricorso Badini, luglio 1866.

Articolo 357.

Non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa.

Il numero dei votanti deve essere quello stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Annotazioni.

1. L'articolo 196 dell'ultimo Codice sardo è stato opportunamente modificato. Per esso era stanziato che non potrebbero concorrere alla votazione se non quei giudici che avessero assistito a *tutte le udienze* dopo la iscrizione della causa in ruolo.

2. **Precedenti storici.** Noterò in breve le fasi ideali trascorse da questo importante articolo di diritto giudiziario.

L'art. 7 della Legge francese del 20 aprile 1810 prescriveva che a costituir valido un pronunciato della collegialità dovessero concorrere tutti i giudici che a tutte le udienze avevano assistito. Ma, bene osservò il Boitard, trattavasi di una legge di sovente ineseguibile; le cause si prolungano, si trasportano da una ad altra sede, vi stanno in mezzo lunghi intervalli; e intanto si surrogano gli uomini o passano. Fin dove fu possibile, la giurisprudenza si mantenne ligia al principio, siccome da numerose

decisioni emerge a cominciare da quelle della Corte di cassazione pronunciate nel 9 brumaio e 18 frimaio, an. II; 12 nevoso an. VII; 26 messidoro anno VIII, e via discorrendo, dall'epoca repubblicana a tutte le posteriori; contuttociò, in presenza di certe condizioni giudiziarie, regolari in se stesse e indistruttibili, fu forza se non modificare il principio, determinarne la portata e venire alla ragione della legge. Si dovè riconoscere che il concorso di giudici che avevano avuto parte nei primi atti della causa, che avevano seduto nelle prime udienze riuscite all'ammissione di qualche prova, a discussione ancora immatura, non poteva riputarsi necessario alla decisione finale; che bastava l'essere stato presente all'ultima udienza in cui ebbe luogo nella sua pienezza la discussione. Tuttavia sotto l'impero di una legge cotanto severa, convenne ricorrere a qualche spediente; e la Cassazione disse più volte che, per evitare la nullità, era d'uopo che se il giudice non fosse intervenuto alle prime udienze, constasse dal processo che la *discussione era stata ripresa avanti di lui*, il che supponeva che a qualche altra udienza avesse assistito (16 maggio 1821, *Journal Av.*, tom. 23, pag. 184; 4 giugno 1833, *Journal Av.*, tom. 45, pag. 595). Intanto era entrato nella giurisprudenza, quale eccezione nascente dalla ragione stessa della legge, che quelle udienze che si chiusero con alcun decreto preparatorio, interlocutorio, incidentale, non fossero propriamente contemplate nel testo. Decisioni *d'espèce* se vuolsi, ma che, moltiplicandosi, costituirono una solida giurisprudenza (Cassazione, 5 germinale, 17 vendemmiale, anno XII; 18 aprile 1810, 19 novembre 1818, 3 giugno 1820, 5 marzo 1829, ecc.

Restava il vedere se, potendo per legge la sezione giudicante comporsi di un minor numero di giudici, recasse difetto la non presenza di taluno che avesse seduto in altra udienza interessante, non fatta almeno menzione della causa dell'estensione. Si rispose che, concorso essendo il numero legale dei giudici, il giudizio era regolare (Cassazione 14 novembre 1832, *Journal Av.*, tom. XLIV, pag. 177, e non poche decisioni di Corti d'appello; MERLIN, *Répert.*, v° *Jugement*).

3. La *discussione* già descritta nell'art. 348 e seg. è quella in cui le parti spiegano le loro conclusioni definitive, e con esse i mezzi che le appoggiano; ma vi è da osservare che può in quella udienza nominarsi un relatore e rinviarsi la causa. Non sarebbe soddisfatto all'articolo 357 se il giudice decidente non avesse assistito ad amendue le udienze; e ciò dicesi delle altre che avessero luogo dopo un rinvio o differimento, *costituendo nell'insieme una discussione sola*. È dunque richiesto, e sarebbe altrimenti nullità, che il giudice che assiste all'ultima abbia pure assistito alla precedente. In questo senso è fissata la giurisprudenza francese nel caso di un *délibéré sur rapport* (Cassazione 24 aprile 1816; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 486 bis, in fine).

Articolo 358.

La deliberazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti.

Il presidente raccoglie i voti.

Il primo a votare è il meno anziano in ordine di nomina, e così continuando sino a chi presiede. Quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore.

Articolo 359.

Le sentenze si formano a maggioranza assoluta di voti.

Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata; e così di seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente.

Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.

Articolo 360.

La sentenza deve contenere:

1° Il nome e cognome delle parti;

2° L'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza, o dimora;

3° Il nome e cognome dei procuratori;

4° Il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi;

5° L'enunciazione che il ministero pubblico sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo;

6° I motivi in fatto e in diritto;

7° Il dispositivo;

8° L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata;

9° La sottoscrizione di tutti i giudici che la hanno pronunziata, e del cancelliere.

Articolo 361.

La sentenza è nulla

1° Se siasi violato l'articolo 357;

2° Se siasi omesso alcuno dei requisiti indicati nei numeri 4, 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 360, salvo quanto è stabilito nell'articolo 473. I motivi si reputano ommessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza;

3° Se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi previsti dalla legge. Questa nullità può opporsi da qualunque delle parti se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia, e negli altri casi solo dalla parte nel cui interesse erano prescritte.

Annotazioni.

I.

1. *Dei caratteri delle sentenze.* Non ci consta che le nozioni dateci dai Codici di procedura sulla varia natura delle sentenze siano state in qualche modo nocive alla pratica, come parve temere il legislator nostro. Fortunatamente la teoria si è venuta rassodando col moltiplici esempi e coi gravi studii che vi si son fatti intorno, in un subbietto che è, si può dire, il pane quotidiano dei giudizi. Noi accettiamo dunque di supplire in nome della scienza al silenzio del Codice; ma in quella parte soltanto ove il senso, non ancora ben definito dalla teoria, può desiderare qualche illustrazione, toccando del resto con rapidissimi cenni.

2. Importa di ben distinguere i varii ordini di giudicati, non solamente in relazione all'appello e agli altri mezzi d'impugnazione, ma eziandio per se stessi: mentre da un lato il loro contenuto misura l'esercizio della giurisdizione, dall'altro preoccupa i futuri giudizi sull'identico soggetto, e porge le basi alle conseguenti eccezioni dalla cosa giudicata. La facoltà dell'appello potrebbe anco non usarsi, e nondimeno, e per quelli ed altri effetti che la esecuzione riguardano, esser d'uopo di richiamare a serio esame l'indole e qualità del giudicato.

3. È certo, e bisogna convenire, che i nomi non saprebbero cangiarne la essenza; è indubitato che, malgrado le definizioni legislative, il programma del Codice dovrebbe piegarsi alla realtà, come si è veduto in esperienza più volte, quando il nome si trovasse disconvenire dal vero essere delle cose. Se il giudicato contenga la sostanza o gli accidenti della questione; se sia ordinato ad uno sviluppo di mezzi ulteriori, o tronchi piuttosto e definisca la questione proposta, per verità si riduce a un criterio logico, che niuna mente può respingere, che da verun legislatore può essere forzato. Tuttavolta fra codesti estremi vi sono delle gradazioni che, sfuggendo al dominio dei principii, al legislatore della procedura appartiene il determinare, affinchè il valore che ottengono nell'ordine processuale sia conforme alle viste e al sistema del diritto positivo e non quale può variamente apprezzarsi nel campo della teorica. Ciò posto, vediamo sin dove si spinga e sin dove possa servirci di scorta il sistema del Codice.

Col nome di *sentenza* il Codice indica tutta la serie di quei giudicati che definiscono o in tutto o in parte, in un modo decisivo o in un modo transitorio e risolubile, la questione; onde la nota divisione di sentenze *definitive*, *interlocutorie* o *provvisionali*.

A) Sentenze definitive.

a) È totalmente definita la questione quando *post ipsam non speratur alia ferenda sententia in eadem instantia.* È questo il vero e proprio carattere della sentenza definitiva. Tale è per conseguenza quella con cui è dichiarata la *incompetenza del tribunale.* Tale è quella sentenza che tronca per sempre la questione per una eccezione perentoria anche toccante il merito intrinseco o la esistenza del diritto, come sarebbe la cosa giudicata o la prescrizione; tale similmente è quella che altre volte fu chiamata impropriamente *incidentale*, che dichiara la perenzione la quale s'incorre di pieno diritto, e tuttavia per circostanze specialmente di fatto può disputarsi se sia veramente incorsa.

A noi conviene, io penso, semplificare la nomenclatura delle sentenze, e così toglier via anche gl'imbarazzi che conseguono da denominazioni di sovente equivoche, lasciando fuori quelle che solevamo chiamare *sentenze incidentali*, che in sostanza si risolvono in definitive o in interlocutorie. La dottrina classica che teniamo dal diritto canonico non conosceva di fatti quel *medium genus*, che rivela bensì la propria origine nascente da una controversia principale e non ne comprende la totalità, ma che nondimeno può riuscire definitiva levando di mezzo interamente la lite o la questione, che n'è il subbietto, come dagli esempi della perenzione e della prescrizione è fatto palese (1).

b) Alla categoria delle sentenze definitive devono pure rassegnarsi quelle che i francesi appellano *jugement d'homologation*; poichè, mentre l'autorità giudiziaria pone il suo suggello a convenzioni, ad atti, a pronunciati che non sarebbero altrimenti eseguibili, come le decisioni degli arbitri, rende un giudizio *mediante il quale la sua giurisdizione rimane esaurita.*

c) *Anche le contumaciali sono sentenze definitive.* Esse possono cessare di esistere, come può cessare di esistere ogni altra sentenza che, non passata in giudicato, è soggetta *ad impugnazione.* Ma il suo valore, in se stessa considerata, è di sentenza definitiva. E talmente la è, che non permane in altra forma *appresso la opposizione*, ma in ogni parte si risolve ed annulla.

d) *Il processo esecutivo*, nel quale si realizzano i risultati delle decisioni di diritto, presenta pure nei varii suoi aspetti ogni ordine di sentenze; e tante vi hanno sentenze definitive quante inchiudono prescrizioni o determinazioni sopra un dato punto della procedura, oltre le quali, in relazione a quell'oggetto, l'autorità giudiziaria non ha più nulla a risolvere. Così, quantunque il processo esecutivo rappresenti una successione di atti che dal pegno giudiziale si estende sino alla sua completa realizzazione e al soddisfacimento del debito, è però distinto in più parti o periodi per sè stanti: onde definitiva è la sentenza di vendita, definitiva del pari la sentenza di graduazione; e così dicasi di altre nella sfera del proprio oggetto.

e) Sono definitive le sentenze onde il giudice, ripiegandosi sul proprio potere, lo afferma o lo nega; si dichiara competente o incompetente: *nam est judicis existimare an sit jurisdictio* (Leg. 5 Dig. de jurisdict.). Talora è stato ritenuto che la decisione della *competenza* sia qualche altra cosa da una sentenza definitiva: una interlocutoria o incidentale. Sarebbe errore il tenerla interlocutoria, e per lo meno una superfluità chiamarla incidentale, comunque provenga da una istanza o eccezione che *incidit* nella lite, la quale si viene poi svolgendo nel merito e rimane in possesso della giurisdizione che affermò se stessa. Il soggetto della competenza è pienamente esaurito; e tale decisione avendo verso il giudizio di fondo la relazione di *causalità*, esiste per se stessa, non si complica con quello e non ne dipende (2).

f) Finalmente sono definitive le sentenze che *assolvono dalla osservanza del giudizio.* La formola familiare all'antica pratica vive ancora, e si vede spesso riprodotta, e consiste nella reiezione dell'istanza per motivi che non impediscono il rinnovamento dell'esercizio dell'azione medesima, e generalmente fondati nei vizi del libello o nel difetto delle prove.

B) Delle sentenze provvisionali.

L'art. 200 del cessato Codice ce ne porse la nozione seguente: « Sono provvisionali le sen« tenze che ordinano provvedimenti interinali « allo scopo di prevenire o di riparare agli in« convenienti cui potrebbero soggiacere le parti « o gli oggetti contestati o la cosa pubblica

(1) Mi riservo di dare ulteriori schiarimenti nel seguito di questa nota alla lettera *c*).

(2) Perciò la dottrina che poneva simili sentenze fra le interlocutorie, aggiungeva: *habere vim definitive* ABRAS, cap. *Ex parte*, n° 6, *De rescriptis*; GLOSSA, *In auth. cadat Cod. ne filius pro patre.* Noi crediamo che quella formola si applichi meglio alla sentenza interlocutoria, come or ora diremo.

« durante il tempo necessario a decidere la « causa sul merito ». Possiamo accettarla. Si discernono dalle definitive appunto perchè provvisionali e creano uno stato di cose che non deve durare che sino a un certo tempo, ed è subordinato alla decisione finale; si discernono dalle interlocutorie perchè non decidono un punto qualunque della lite e non fanno avanzare la questione del merito. Ma sono gravatorie, e quindi appellabili, sia per la molestia che recano colle ingiunzioni che contengono limitative dell'uso, del possesso o anche di un diritto; sia perchè sono argomento di un criterio estimativo che dovrà influire sul futuro giudizio.

C) Delle sentenze interlocutorie.

Precedenti storici. — *a)* Sul senso generale della parola, non vi è stata varietà in verun tempo: è la sentenza che il giudice pronuncia sopra un incidente della lite, e prima di deciderla (*interloquitur*) (Leg. 7 Cod. de sent. et interlocut.; Leg. 2 de appellat. recip.). Nè il tempo o la volubilità degli umani giudizi può immutare ciò che è fondato nella natura delle cose; e se il concetto dell'interlocutorio dall'antico al moderno tempo è variato, non lo è che in un rapporto estrinseco, per limitare cioè la giurisdizione del giudice che lo pronuncia, fare anticipata ragione delle preoccupazioni che si formano nella mente sua, e favorire lo sviluppo e la libertà dei giudizi mediante l'appellazione. Queste sono le alte e razionali vedute del concetto moderno. Gli antichi non vedevano all'incontro alcun pregiudizio nel decreto interlocutorio; il giudice poteva ritrattarlo e non avervi riguardo: *quod jussit vetuitve prætor, contrario imperio tollere et repetere licet*, disse Celso, apoftegma applicato al dominio del giudice sul proprio interlocutorio, mentre la definitiva sentenza soltanto esauriva la sua giurisdizione (VOET, *ad Tit. de sent. et re judic.*, n° 4). Onde troviamo espresso nella Leg. 36 Cod. de appellat., che appello non si accordava dall'interlocutorio: *oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi neque enim læditur quis, si interea facta fuerit interlocutio quæ illi deneget jus competens, idest, aut testium productionem aut relectionem instrumenti.* I regolamenti di procedura informati a cotali principii non ammettono di fatti la *pregiudizialità* dell'interlocutorio, che *non lega mai il giudice*, non acquista mai il valore di cosa giudicata, e per quanto concerne la decisione definitiva, si ritiene come non emanato (§ 595 del Regolamento pontificio 16 novembre 1834).

Non fu uno degli ultimi sintomi della nuova civiltà giudiziaria il sentito bisogno di estendere la importanza della sentenza interlocutoria. Allora si ebbero gl'interlocutorii, che, eziandio non decidenti la istanza introduttiva nel proprio oggetto, si dissero *habere vim sententiæ definitivæ:* tali si consideravano quelli che *litem perimebant;* la pronunzia della deserzione d'appello, l'assoluzione dalla osservanza del giudizio, la dichiarazione d'incompetenza. La dottrina, sempre progressiva, veniva preparando le nuove idee, coll'aggiungere che dove il giudice imponesse *aliquid dari vel fieri a parte*, la sentenza entrasse nell'ordine di quelle che *habent vim definitivæ* (BARTOLUS, *in Leg. nec quicquam de offic. procons.*; MARANTA, *Spec. aut. de sententia*). La legislazione canonica, che tanto largheggia nel diritto dell'appello, fu pronta ad accordarlo contro gli interlocutorii che avevano questo carattere, con limitazioni e distinzioni che a noi non occorre ricordare (GLOSSA, *in cap. ultim. de election. in 6°*; PHIRING, *ad Tit. de sent. et re judic.*; ABBAS, *in cap. pervenit 28 de appellation.*). Il che per altro non avveniva del *semplice* interlocutorio, specialmente per quanto si riferiva all'ammissione o reiezione delle prove; che poteva pronunciarsi *judice pro tribunali non sedente*, assente la parte e senza forma di giudizio (*Leg. diem proferre Dig. de recept. arbitr., et ibi* BARTOLUS, *Glossa in Leg. nec quicquam Dig. de offic. procons.*; REIFFENSTUEL, *ad Tit. de sent. et re judic.*).

b) Delle ordinanze e delle sentenze interlocutorie e loro appellabilità.

È stato detto con sottile accorgimento che « la interlocutoria, la quale decide veramente « un punto di diritto ordinando come conse- « guenza del punto deciso un provvedimento « probatorio, non è *una sentenza semplice, ma* « *essenzialmente composta di due;* che sono, « la sentenza definitiva del punto deciso di « diritto, e la sentenza che ordina un atto di « istruzione ulteriore » (PESCATORE, *Logica del diritto*, vol. 1, pag. 243). L'aggiustatezza di siffatto criterio è perspicua nel tema probatorio. Vi hanno casi peraltro nei quali si risolve una controversia incidente, senza ordinare veruna istruzione ulteriore; che però dallo stesso tenore della decisione è supposta. Tal è la sentenza che ammette l'intervento in causa di un terzo o la domanda in garanzia. Non avremo allora, a dir proprio, due sentenze, ma una sola; perchè in effetto nulla si ordina ulteriormente all'ammissione dell'intervento. Contuttociò la sentenza è bene interlocutoria. Ma al postutto la interlocutoria si divide evidentemente dalla definitiva in ciò che quest'ul-

Digitized by Google

tima spoglia il giudice della giurisdizione, e quindi, secondo le osservazioni già premesse, sentenza definitiva non è solamente quella *quæ principalem quæstionem definit*, ma più generalmente quella *quæ imponit finem causæ, et per quam expirat judicis officium*. Ne diedi esempio nella sentenza di *deserzione d'appello*, e tanti altri è facile aggiungerne. Osservai che in questa facoltà che ci è lasciata dal legislatore di attribuire ai pronunziati giudiziarii denominazioni razionali, si poteva mettere dall'un dei lati la *sentenza incidentale* che si risolve in interlocutoria semplice o mista, ovvero in definitiva, quantunque incidenti nel giudizio ci siano, e tanti quante sono le istanze dirette ad ottenere qualche pronunzia che non sia la decisione del merito principale.

Ciò che essenzialmente distingue la risoluzione preparatoria dalla sentenza interlocutoria che fa stato nella causa e produce effetti giuridici di ben maggiore gravità, si è che questa *incolre sempre una decisione di sostanza;* e rispetto allo scopo finale che si contende, crea un rapporto nuovo di diritto, in guisa che dopo di quella le parti non si trovano più in quella condizione d'integrità in cui erano innanzi. Nasce insomma un *pregiudizio*, un *gravame*, uno stato di superiorità e d'inferiorità giuridica rispettiva. Chi si oppone all'ammissione della prova testimoniale, della perizia, della chiamata in garanzia, e via discorrendo, deciso in contrario il punto di diritto, o ha perduto in gran parte la probabilità della vittoria, o anche si vede respinto in un campo di questione nel quale non potrà più sostenersi.

Così la teoria spazia liberamente; ma anche una volta, la difficoltà sorge in pratica, e qui è nello *stabilire quando il pregiudizio esista*. Ed è un còmpito che appartiene ai giudici d'appello e di cassazione nei rispettivi gradi: regole certe non si potrebbero facilmente proporre. In massima si può avvertire: 1° Che a qualificare la interlocutoria mista di definitiva e pregiudiziale non è sempre necessario che vi sia stata *contestazione*, come ritenne l'articolo 200 del Codice di procedura del 1859; ma principalmente dipende *dalla relazione che ha il giudicato col merito della questione;* 2° Che per altro il moto spontaneo del giudice, un manifesto intendimento subbiettivo, ad illuminare con qualche saggio preliminare di prova la propria coscienza, ordinando, per esempio, un accesso giudiziale: lo stato primitivo, e si direbbe ancor vergine della causa, le clausole preservative che sogliono apporsi (*prima e avanti ogni cosa*), sono caratteri delle risoluzioni che diciamo *preparatorie;* le impressioni che se ne raccolgono non sono che nozioni; siamo ancora in cerca di una verità problematica, e il giudizio dell'animo è ancora chiuso; 3° La *contestazione*, come or ora si è detto, non è requisito necessario a caratterizzare la sentenza interlocutoria, mentre il gravame di essa potrà anche discutersi *ex primo*, e contestarsi in appello. All'incontro la *contestazione* denota l'interesse della opposizione, e l'*interesse appunto determina il gravame;* 4° Che l'indole del pronunziato si toglie dalla *declaratoria*, dal DISPOSITIVO *non dai motivi:* ciò in generale. Senonchè una dichiarazione dubbia, o tale che farebbe credere alla perfetta indifferenza del criterio di chi giudica, dalla esposizione dei motivi potrebbe risultare preventrice e dannosa. (*Delle attinenze fra i motivi e la decisione* tratteremo più avanti.)

Per regola generale, ogni sentenza interlocutoria è di diritto appellabile, *in quanto è definitiva, in quanto cioè definisce, senza ritorno sullo stesso articolo, una delle controversie intermedie della lite*. È un nuovo stato della questione, e non soltanto un nuovo stato dell'istruzione e del processo. Il passo della Relazione dato nel proemio ci mostra che il legislatore ha ritenuto di esibire una completa separazione di codesti concetti nelle due voci cardinali — di *ordinanza* e di *sentenza:* — quasi ogni ordinanza sia preparatoria, ogni sentenza abbia forza di definitiva, e sia perciò appellabile. Ciò è chiaro rispetto alle *ordinanze* emesse da giudici singolari nelle cause recate a un Ordine collegiale, e sono di due specie: *consensuali*, atte a contenere risoluzioni gravi in rapporto al merito, ma coperte dal contratto giudiziale (art. 181, ecc.); e *non consensuali* o *contraddette*, che però non acquistano virtù di sentenza se non dopo la decisione del collegio. Per quanto spetta alle *sentenze*, la distinzione non è altrettanto sicura; non ogni *sentenza* involve gravame; quindi non ogni sentenza non appellata influisce colla forza della cosa giudicata sulle determinazioni successive. (Vi sono di fatti delle sentenze *meramente preparatorie*, come si è già osservato.)

II.

Intorno al n° 3 dell'articolo 360. — Ogni atto che contiene domanda o eccezione in giudizio, consta di *conclusione*, che è la dichiarazione del proprio oggetto. Qui non si parla che delle conclusioni finali e divenute invariabili, che sono prescritte pei rispettivi giudizi dagli articoli 176, 350 e 400. La sentenza non fa

che rispondere alle conclusioni: *quoniam ita jussit ut judex constitutus jubeatur de re cognoscere et qua de re cognovit etiam pronunciare.*

L'articolo 205 del Codice sardo del 1854 accennava alle conclusioni *lette all'udienza:* la redazione avea fatto nascere delle dubbiezze e sollevate questioni, quasichè la lettura all'udienza fosse tal condizione che, mancata, scusasse la sentenza dell'aver omesse le conclusioni (Cassazione, 2 dicembre 1857, BETTINI, tom. IX, part. 1ª, pag. 843). Nel Codice del 1859 piacque invece quest'altra dizione: *il tenore delle conclusioni prese in iscritto* (articolo 204). L'ultima è la migliore. Le *conclusioni* generalmente si comunicano per iscritto; ma ve n'ha delle verbali, quelle avanti i pretori (articolo 415).

III.

Intorno al nº 5º dell'art. 360. — Abbiamo in questo numero che la sentenza deve contenere *la enunciazione che il Ministero pubblico sia stato sentito quando*, ecc. Poi al nº 2º dell'articolo seguente la inosservanza si vede sfuggire alla nullità. Poi nel nº 3º (la sentenza è nulla) *se non siasi sentito il Ministero pubblico nei casi*, ecc. Evidentemente *la enunciazione è distinta dal fatto:* quindi potrà d'altronde provarsi che il Ministero pubblico è stato sentito.

IV.

Intorno al nº 6º del suddetto articolo. — Non faremo che ricordare le regole, del resto abbastanza note, di questa materia d'uso giornaliero e continuo.

1. Le *ordinanze* (perchè non sentenze) non sottostanno alla legge della motivazione. Ma *ogni sentenza* (non escluse le contumaciali) dev'esser motivata, pure nel supposto che non sia che *preparatoria.* Si è già osservato al nº II di questa nota che non tutte le sentenze preparatorie compariscono in forma d'ordinanza. Si ordina a schiarimento la produzione di un conto, di una perizia; non si offende il merito, non si torce un capello a veruno dei litiganti: pure ci vogliono i motivi non solo per la ragione morale che vi si congiunge, *ma perchè è una forma essenziale* della sentenza. Ed è la ragione principale. Ce n'è un'altra pure d'ordine giudiziario, lasciate quelle di un ordine più elevato e generale. Nei motivi la sentenza, il che è pure comune ad ogni sentenza, deve render conto di sè onde sia possibile il sindacato dei giudici superiori.

2. La legge dice — *motivi in fatto e in diritto:* — ma la decisione può essere semplicemente fondata in ragioni di fatto, onde nasce un diritto semplice e piano che non importa motivare; o trattasi di una disputazione di diritto, si può partire dalla più semplice enunciativa del fatto o riportarsi agli atti quanto al fatto; intendo con ciò non essere obbligatoria la motivazione nel duplice aspetto che sembra risultare dalla lettera dell'articolo.

3. *La motivazione presenta una serie di giudizi analitici:* espone cioè il giudizio insieme all'elemento razionale che vi è contenuto nel punto di vista del giudice. Talvolta la proposizione consta di più giudizi senza che perciò sia esposta la ragione analitica: *attesochè l'atto è nullo*, è un giudizio; — *perchè non è conforme alla legge*, ecco un secondo giudizio che enuncia la sconvenienza del rapporto fra l'atto e la legge: manca ancora la dimostrazione. Se io cito la legge, la dimostrazione è fatta mentre presento la *ragione concreta* in cui mi appoggio. Ma non basta sempre. *La sufficienza della motivazione* ha la sua misura nella qualità della questione che sorge a reclamare l'applicazione dei miei criterii. Se la disputa verte appunto sulla intelligenza della legge, ed io mi restringo a citare la legge, non dico nulla: io debbo giustificare o respingere la interpretazione che se ne fece. Ciò è manifesto. Havvi dunque dell'indefinito, e sopratutto dello specifico e del contingente; onde in questo tema i decreti sono quasi tutti singolari e, come dicono, di specie.

La giurisprudenza si è di buon'ora impadronita di un tema che si espande largamente fuori del testo, e richiede altre discipline. Aprendo i repertorii, e specialmente le benemerite *Collezioni*, che vanno ancora sotto il nome dell'illustre BETTINI, e quelle della *Gazzetta dei tribunali* (oltre le francesi), la messe abbonda ed ogni giorno cresce. Ecco quanto può raccogliersi in alcuni lemmi a modo di teorica.

a) Rapporto fra le conclusioni e la motivazione. È lo stesso rapporto che esiste fra la *conclusione* e la *disposizione:* il motivo non è che la dimostrazione razionale di questa. Le tre forme adunque sono riunite da un nesso logico inseparabile. Nondimeno il motivo è di sua natura più ampio e indeterminato; si può decidere un punto di fatto o di diritto per più ragioni e per ragioni molto diverse. Si deve sapere perchè si è deciso così. Lo scopo della *conclusione* è di presentare delle formole abbastanza precise dalle quali possa chiaramente raccogliersi la intenzione del richiedente. Noi troviamo spesso nelle nostre decisioni che le

domande o le eccezioni, per aver diritto di reclamare una motivazione a parte e loro propria, devono presentarsi in conclusioni specifiche (1). Bisogna però convenire che, trattandosi specialmente di eccezioni, norma assoluta non c'è, e impropriamente si parla di conclusioni specifiche o non specifiche, mentre le eccezioni *devono essere bensì chiaramente formulate nelle conclusioni;* non sono sempre però conclusioni esse stesse, ma piuttosto *argomenti e mezzi* che vi dànno appoggio. Alcune regole potrebbero tracciarsi: 1° Che la eccezione sia chiaramente, espressamente dedotta, con una certa insistenza e non alla sfuggita in mezzo ad altri argomenti, e si mostri interessante nella questione; 2° Che si perseveri nella eccezione alla conclusione finale prescritta nei giudizi ordinarii (art. 176), senzachè si avrebbe per abbandonata.

b) Determinare il carattere della motivazione in ordine alla sua sufficienza, concretezza e verità. È sempre sufficiente ciò che adempie allo scopo. Fortunati quelli che sanno esprimere un argomento nitido e chiaro in poche parole! Il metodo è quello che esige la natura della istanza o della obbiezione. È affare di tatto. Ordinariamente la difficoltà si prova quando trattasi di confutare la obbiezione. Un sistema diverso d'idee tenuto dal tribunale può valere una confutazione: si consiglia però di rispondere direttamente, mostrando che ce ne occupiamo di proposito (2). Il linguaggio dei fatti, eziandio disgiunto da ragionamenti, suol esser decisivo; è, si direbbe, la motivazione per eccellenza (3). Talvolta basterà qualificare con un cenno una prova controversa; trattandosi di capitoli testimoniali, il rigettarli come inutili parve aver soddisfatto alla motivazione (4): senonchè ove fosse nata questione espressa sulla concludenza di essa prova, l'*inutilità* non sarebbe più che la conseguenza, e dovrebbe esser preceduta dal ragionamento.

Insomma la *sufficienza* della motivazione è un criterio che si modifica dal subbietto, e si determina dalla sua relazione col subbietto medesimo.

Perciò dev'esser *concreta:* cioè, applicata alla soluzione del problema che si offre alla mente del giudice: deve comprenderlo.

È dunque, ripetiamolo, *una questione di relazione:* la bontà del ragionamento, la verità dell'assunto non cade in questo esame. Fin qui non si discorre che *della esistenza dei motivi.*

Alla esistenza dei motivi appartiene la chiarezza della esposizione. Inetta, confusa, inconcludente, non produce quel sommo effetto che si ricerca: *la persuasione dell'opera ragionevole del giudice.* Quindi si è ritenuto giustamente che la contraddizione equivale alla mancanza di motivi.

Un limite è necessario onde la difesa non abusi dei suoi diritti. Quindi è stabilito da una giurisprudenza notissima; che non è mestieri occuparsi di ogni argomento della difesa; che non tutti i mezzi devono confutarsi; che in una sintesi potente può anche abbracciarsi un sistema di mezzi; che nell'ordine stesso dei motivi alcuni prevalgono e soprastanno, e si chiamano *determinanti*, e una redazione mista di motivi finchè ed inetta può reggersi per quelli.

La motivazione è la espressione dell'animo e non della verità. Tuttavia quando si disputa del valore giuridico delle proposizioni nelle quali la sentenza si fonda, la stessa gradazione dei motivi è considerabile, essendosi appunto dalla varia forza dei motivi dedotta la massima pure notissima e comune: che *la bontà dei motivi che determinarono il giudizio*, influendo in modo principale sulla decisione, *scusa l'errore dei secondarii e lo rende innocuo* (5).

c) Dichiarare se la motivazione per relazione sia legittima. In tre modi può verificarsi: 1° Quando il giudice si riferisce agli atti della causa, alle conclusioni o alle difese delle parti; 2° Quando si riferisce alle conclusioni del pubblico Ministero; 3° Quando, confermando una sentenza, adotta e fa proprii i motivi del primo giudice.

Lo studio, l'attenzione, la seria applicazione della mente, ecco ciò che la legge esige dal giudice, e vuole averne la prova nella saggezza e maturità dei suoi dettamenti. Non esito a dire che tutti i metodi dei motivare per relazione sono spurii e da rigettarsi. Come opera del giudice è la disposizione, così deve essere il ragionamento che lo condusse. Non parlando del primo sistema, che non potrebbe

(1) Cassazione, 27 febbraio 1861, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 132, 7 settembre 1861; *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 190, 5 settembre 1861; idem pag. 511.
(2) Cassazione, 30 gennaio 1862; *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 53; 11 dicembre 1856; Bettini, t. viii, p. 910.
(3) Cassazione, 31 maggio 1861; *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 74, 11 aprile 1857; Bettini, pag. 95; idem t. ix, part. i, pag. 392.
(4) Cassazione, 16 gennaio 1861, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 59.
(5) Cassazione, 10 dicembre 1857, Bettini, tom. ix, part. i, pag. 857, 5 gennaio 1854; Bettini, tom. vi, part. i, pag. 77, 2 luglio 1858, tom. x, par. i, pag. 570, 3 aprile 1861; *Gazzetta dei Tribunali.*

giammai tornare soddisfacente, e sarebbe sempre incompleto, e rammenta quei tempi nei quali il procuratore prendeva parte nella redazione della sentenza, io condanno anche il secondo. Vero è che alcune nostre decisioni ammisero il riferimento alle conclusioni scritte del pubblico Ministero (Cassazione, 9 novembre 1857, BETTINI, t. IX, part. 1ª, pag. 170; ivi, pag. 22, append., 1857, ivi, pag. 407, 28 agosto 1854, ecc.), escludendo però un riferimento complessivo e indistinto (Cassazione, 11 marzo 1857, BETTINI, t. IX, part. 1ª, pag. 258). Questa pratica ha ceduto a determinazioni più conformi allo spirito della legge.

Giustificare il proprio giudicato con ragioni da altri pensate benchè si accolga la conclusione medesima, ha eccitata la critica dei più saggi maestri in procedura, onde il consenso della giurisprudenza si qualificò per *tolleranza* (BONCENNE, FAVARD DE LANGLADE, v° *Jugement*, DALLOZ, ecc.), e non soddisfece alla ragione. Dapertutto fu posto il limite che già s'intende da sè, che nuove eccezioni non siano apparse in appello, richiedenti particolare motivazione. La nostra legge ha opportunamente spiegato ciò che restava dubbio nella precedente. Ivi pure era stanziato (art. 206) che fra i requisiti della sentenza si riteneva sostanziale la enunciazione *dei motivi che avevano determinata la decisione;* e successivamente era dichiarato che la *omissione intera dei motivi* era causa di nullità. Ma era ancora a sapersi *se il riferirsi totalmente* ai motivi esternati dai primi giudici fosse un mancare al debito della motivazione. La nuova legge ha veduto che ciò non bastava, il perchè aggiunse: « *I motivi si reputano omessi* quando la sen« tenza siasi puramente riferita a quelli di « un'altra sentenza ».

d) Fare dei capi distinti altrettante sentenze per limitare la nullità a quello infetto dal vizio della motivazione. Tot capita, tot sententiæ: la giurisprudenza francese si è trovata concorde nelle conseguenze di questo principio. Con una estensione perfettamente logica si è anche ritenuto che vi ha sufficienza di motivi quando uno dei capi principali ne contiene di tali che possono applicarsi eziandio ai subalterni (*Dictionnaire général*, v° *Jugement*, num. 232, ecc.; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 595). Noi pure abbiamo finito coll'adottare questa giurisprudenza e molte decisioni, di cui ricorderò due soltanto (3 agosto 1862, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 410, e 11 dicembre 1862, pag. 506) ne fanno fede dal 1859 in poi, mentre era invalsa l'opinione che, secondo l'anteriore Codice sardo del 1854, non si potesse annullare parzialmente una sentenza quantunque in più capi distinta.

e) Avvisare le attinenze della parte razionale e della dispositiva. I motivi portano luce sul dispositivo incerto e dubbio; ma qualora si trovino in contraddizione con esso (peccato imperdonabile, ultimo grado d'inerzia intellettuale!), il dispositivo resta da sè in tutto il suo vigore (Cassazione, 26 giugno 1862, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 554), e si verifica il principio che la forza della sentenza è riposta nella parte dispositiva anzichè nei motivi.

Ma può forse concepirsi una sentenza che contenga dei motivi opposti e contrastanti alla decisione? Una tale sentenza non è forse colpita dalla censura della legge? Non si vuol prevenire ciò che sarà oggetto di esame al n° 9 dell'art. 517. Noi supponiamo ora che la sentenza non sia stata denunziata alla Cassazione, e si tratti di conoscere del suo valore come cosa giudicata. La sentenza è opera collettiva, nessun dubbio: è un insieme di parti sostanziali e accidentali che si corrispondono; ma la nullità, che dalla discordia di alcuna di esse parti, e dalla interruzione del suo organismo deriva, dev'essere invocata e pronunciata dall'autorità competente. Passiamo anche sopra la questione se la contraddizione che fa incorrere nella nullità sancita dal n° 9 dell'art. 517 sia quella che esiste fra il ragionamento e la disposizione, o piuttosto fra le disposizioni medesime. Ristretti al nostro tema della motivazione, diciamo pertanto che, *sotto l'aspetto della cosa giudicata*, la motivazione e la disposizione sono cose del tutto distinte; ed è sempre *la declaratoria che passa in giudicato:* essa trae la propria forza da se stessa, e non è lecito darvi una estensione non compatibile col suo dettato e colla sua formola, per induzione più o meno spontanea che si faccia dai motivi, secondo i saggi ammonimenti del nostro PESCATORE (*Logica del diritto*, vol. 1, pag. 249 e 250).

V.

Poche avvertenze che specialmente riguardano l'art. 361. La *omissione* di quei requisiti che sono segnati al n° 2 produce nullità. *Omissione* s'intende totale; esclude la *imperfezione* che è tema di critica rispetto alle parti intellettuali, quali il richiamo delle conclusioni, i motivi e il dispositivo: laddove nella materiali (n° 8 e 9) non si concepisce che la omissione pura e semplice. Ha una vera importanza quel rinvio all'articolo 473; ma trovandosi quella disposizione in altro luogo, e formando quasi complemento di un sistema speciale, ne parleremo a suo tempo.

Digitized by Google

Può far maraviglia il non vedere fra i requisiti necessarii quello del n° 1 dell'art. 360. Come non sarebbe nulla una sentenza che mancasse *del nome e cognome delle parti?* È una lacuna dell'articolo? ha la sua ragione il silenzio? Lasciate che lo lo dica: mi entra nell'animo il sospetto di una dimenticanza. Nondimeno in tema di nullità non si può aggiungere alla legge, onde avrà luogo la rettificazione secondo l'art. 473.

Articolo 362.

L'ordinanza deve contenere le indicazioni di cui nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360, e la sottoscrizione del presidente o giudice, e del cancelliere.

Si fa luogo a rettificazione per qualunque omissione o indicazione erronea degli indicati requisiti a norma dell'articolo 473.

Annotazioni.

Sono bene indicate le parti di cui si compone la *ordinanza*, ma la loro negligenza non è colpita di nullità. Non vogliamo dunque presumerla; per che le rettificazioni saranno molto facili in virtù del benefico art. 473, come poi il capoverso chiaramente spiega.

Articolo 363.

Sull'istanza delle parti può essere ordinata la provvisoria esecuzione della sentenza, con cauzione, o senza, se si tratti:

1° Di domanda fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato;

2° Di apposizione o di remozione di sigilli, o di compilazione d'inventario;

3° Di riparazioni urgenti;

4° Di sfratto da case o da altri immobili tenuti in affittamento o colonia, quando non vi sia titolo scritto, o il termine sia decorso;

5° Di sequestratari, depositari, e custodi;

6° Di ammissione di fideiussori e loro garanti;

7° Di nomina di tutori, curatori, ed altri amministratori, e di rendimento di conti;

8° Di pensioni o assegnamenti provvisionali a titolo di alimenti;

9° Di pericolo nel ritardo.

Annotazioni.

1. Due avvertimenti preliminari: 1° Le categorie descritte in questo articolo sono tassative, e non estensibili ad altri casi; 2° La istanza può farsi in qualunque stato della causa: non è necessario proporla nella citazione introduttiva. Si dà per ragione che tale istanza non è accessoria della principale: invece riguarda la esecuzione (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 583, 6).

Al n° 1. *Titolo autentico*, art. 1313, 1317 del Codice civile.

L'art. 135 del Codice di procedura civile francese fa nascere delle difficoltà che, secondo il nostro, non han luogo; essendo nella prima parte di quello fatto obbligo ai giudici di ordinare la esecuzione provvisoria delle loro sentenze nelle specie che noi numeriamo nel primo capo dell'art. 363. Laonde il dubbio veramente grave, se un titolo autentico fortemente contestato, impugnato nella sostanza, contraddetto da altri titoli, e tuttavia riuscito vincitore dopo fiera lite, meritasse la esecuzione provvisoria *senza cauzione*, come vuole l'art. 135. La volontà della legge era troppo chiara; e malgrado la ragione, bisognava chinare il capo. Così tennero i migliori giureconsulti, PIGEAU, FAVARD DE LANGLADE, ecc., non però senza contrasto. Ora questa, siccome ogni altra provvisione congenere, *è nella facoltà del giudice.*

La scrittura è riconosciuta *presuntivamente e formalmente* (art. 282 e seg.). A soddisfazione di questo articolo basterà che la scrittura prodotta non sia stata impugnata? Invero quel predicato, *scrittura riconosciuta*, promuove

una certa esitanza: pare richiesto il riconoscimento formale. La giurisprudenza francese, sopra un testo non dissimile, si pronunciò in favore della ricognizione presuntiva che nasce dalla non impugnativa e più dalla discussione elevata sul merito della scrittura. L'art. 1318 del nostro Codice civile toglie di mezzo ogni dubbio. Badate però alla disposizione speciale dell'art. 386 rispetto alle sentenze pronunciate in contumacia. Io inclino nell'avviso che in quel caso non possa dirsi *la scrittura privata aversi per riconosciuta* in via tacita e presuntiva all'effetto della esecuzione provvisoria quando non sia fondata in una delle cause dell'azione che vengono di seguito enumerate in questo medesimo articolo. È questa pure l'opinione del CHAUVEAU, con una distinzione che giova ritenere. « Sans doute, le simple défaut de la partie n'autorise pas à tenir la « promesse par reconnue, *lorsqu'elle n'a pas « été formellement assignée en reconnaissance;* « et par conséquent l'exécution provisoire ne « peut alors être ordonnée *pour cet motif.* » In CARRÉ, quest. 581.

Al n° 4. *Quando non vi sia titolo scritto* sembra voler significare *ancorchè* (o quando anche) *non vi sia titolo scritto.* Avendo avuto occasione altra volta di esaminare l'art. 220 del Codice di procedura piemontese del 1859 (*Commentaire*, vol. 2, pag. 466), mi nacque il sospetto, che ora più fortemente accolgo, essere stata questa disposizione tolta con poca avvertenza dall'art. 135 del francese, nel quale sta con buona ragione: poichè essendo nel primo periodo *ordinata la esecuzione provvisoria senza cauzione*, ciò era di diritto per ogni sentenza fondata sopra titolo autentico o scrittura riconosciuta, invece se l'affitto non fosse che verbale, allora potevasi, *con* o *senza cauzione*, ordinare la esecuzione provvisoria della sentenza, il che era diverso. La dizione è troppo cattiva, implicando che, *se vi è titolo scritto*, la esecuzione provvisoria non sia da accordarsi, il che è assurdo.

O il termine sia decorso (*). Ritenuto non vi abbia titolo scritto, tuttavia *se il termine è decorso*, non si tratti cioè di locazioni rotte per altre cause, per abuso, ecc., prima del tempo o convenuto o consuetudinario, potrà farsi luogo alla esecuzione provvisoria. Disposizione di carattere eccezionale e di favore pel contratti d'affittanza. Poichè, ben guardando, nelle altre ipotesi dell'articolo non si contempla il contratto propriamente, ma la qualità del *titolo giuridico* che viene in contesa. Di che non è per certo escluso che lo *sfratto* o espulsione dei luoghi affittati, *eziandio non decorso il termine*, sia eseguibile, *concorrendo alcuna delle condizioni del num. primo, cioè il possesso di titolo autentico*, ecc.

Articolo 364.

L'esecuzione provvisoria ha luogo non ostante opposizione o appello, se non sia stata limitata ad alcuno soltanto di questi mezzi.

L'esecuzione provvisoria non può essere ordinata per le spese del giudizio, quantunque aggiudicate a titolo di danni.

Annotazioni.

1. Le parole — *non ostante opposizione o appello* — hanno un significato notevole anche in relazione al corso storico di questo punto di diritto.

Nel Titolo *Della contumacia* il Codice di procedura francese (art. 155), e i successivi da esso ispirati, compreso il sardo del 1859 (articolo 242) posero al giudice la facoltà di *ordinare la esecuzione provvisoria* delle sentenze contumaciali *nonostante opposizione.* Questioni nascevano se fosse questa una disposizione particolare alla sentenza proferita in contumacia, e quasi si direbbe *ob contumaciam*, o non fosse altro che una spiegazione ed ulteriore applicazione della legge generale relativa all'esecuzione provvisoria, la quale nel Codice francese non contempla che l'*appello;* nei nostri era genericamente accordata. Quindi per alcuni si sosteneva che non avrebbe potuto accordarsi fuori dei casi pei quali la esecuzione è permessa secondo la regola generale (CARRÉ, agli articoli 135 e 155, che allegava anche la opinione del THOMINE). Altri mantenevano la necessità dell'urgenza.

Il nostro legislatore, conscio della difficoltà, ha tolto via dalla rubrica delle sentenze contumaciali la disposizione relativa; ma nell'articolo 364 abbracciò le contingenze *sì della*

(*) Quantunque sembra dovesse leggersi *e*, mentre *il mancare di titolo* non è certamente il requisito per ottenere la esecuzione provvisoria, ma invece si considera *come non ostacolo.*

opposizione e sì dell'appello, e attribuì inoltre facoltà di limitare l'effetto. Di tal modo la disposizione ha ripresa una generalità che gli poteva esser contrastata, e provvede alla duplice evenienza.

2. La esecuzione provvisoria, quantunque non si ammetta per le spese, si può per l'arresto personale ove abbia luogo. (Il BOITARD tratta questo argomento nel tom. I delle sue Lezioni, pag. 234 e seg. con dottrine anche per noi opportune.)

Articolo 365.

Quando siasi ommesso di pronunziare l'esecuzione provvisoria, non si può ordinare con nuova sentenza, salvo alla parte il diritto di domandarla in appello.

Annotazioni.

Si è detto (all'art. 363) che non è necessario proporre col primo atto della lite la domanda della esecuzione provvisoria della sentenza che sarà pronunciata sul merito della questione; e in sostanza non essere a tale domanda assegnato verun atto specifico (PIGEAU, *Procedura civile*, articolo 2°, *Des jugements provis.*). Mai si disse per altro, e mai si dirà *che la istanza sia incidentale*. L'esecuzione provvisoria è un accessorio della sentenza definitiva, e ne fa parte. Come il tribunale non può tornare sulla propria sentenza per abolire e revocare la clausola esecutiva che avesse pronunciata, similmente non può aggiungerla. Ciò è nei principii generali ed elementari del diritto giudiziario. Non vi sarebbe adunque una vera e propria ragione di essere per questo articolo se non forse una reminiscenza, remota e francese, della ordinanza del 1667, secondo la quale si opinava diversamente (JOUSSE, all'art. 17, tit. XXVII della detta ordinanza).

Articolo 366.

La sentenza è pubblicata dal cancelliere, non più tardi della prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, mediante lettura delle parti di essa indicate nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360. Non è necessaria nell'atto della pubblicazione la presenza degli stessi giudici che hanno pronunziato la sentenza.

Annotazioni.

Nel punto di vista della nullità l'articolo comprende due parti: *il tempo* della pubblicazione; *il modo* della pubblicazione. Il tempo (non più tardi della prima udienza successiva) tiene alla disciplina; è un precetto morale al quale non è attaccata la sanzione di nullità. Quanto *al modo*, converrà distinguere fra le parti sostanziali e quelle che non sono. Mancherebbe certamente la pubblicazione se il n° 1 e 7 fossero stati dimenticati dal cancelliere nella sua lettura nella quale consiste la pubblicazione.

§ 2.

Della notificazione delle sentenze e delle ordinanze.

Articolo 367.

La sentenza è notificata alla parte nella residenza dichiarata, o nel domicilio eletto o dichiarato in conformità degli articoli 134, n° 5, 158, n° 2, e 159, n° 2. In mancanza di elezione o dichiarazione la notificazione è fatta al procuratore.

L'ordinanza è notificata ai procuratori che non siano stati presenti alla pronunziazione di essa.

Quando il procuratore sia morto, o abbia cessato dalle sue funzioni, le noti-

ficazioni, che dovrebbero farsi ad esso, si fanno alla parte personalmente, e nell'atto di notificazione si fa menzione della morte del procuratore, o della cessazione di lui dalle sue funzioni.

Annotazioni.

1. Non perdiamo di vista che le disposizioni seguenti appartengono al Capo I del Tit. IV, che così suona: *del procedimento formale davanti i tribunali civili e le Corti d'appello;* avvertenza che nell'apparente aspetto di generalità con cui si presenta l'articolo, ha la sua ragione: vedremo in seguito le restrizioni.

2. Qui ci appare di nuovo, in forma assai luminosa e decisiva, la partizione dei pronunziati giudiziarii adottata dal Codice. *Sentenze* e *Ordinanze.* Niuna distinzione fra le sentenze definitive interlocutorie e provvisionali ai più importanti effetti della procedura, salvo l'intrinseca loro differenza, che altrove abbiamo tentato di mettere in luce. Ond'è nata una novità di gran rilevanza e degna di nota, ed è che le *sentenze interlocutorie* (solo perchè tali) *non si notificano ai procuratori* com'era stanziato nell'art. 215 dell'ultimo Codice sardo, ed è in tutti i Codici anteriore a questo. *Ogni sentenza si notifica alla parte.*

Vi ha di più. Le sentenze definitive si notificavano principalmente, *et per modum regulæ,* alla persona, residenza o domicilio naturale, benchè non fosse esclusa la facoltà di notificarle al domicilio eletto, materia per altro di contestazioni. Di che sorge un sistema nuovo, molto facile e speditivo, e consono alle norme precedentemente poste negli articoli quivi citati.

Vero è che la *dichiarazione della residenza* o *del domicilio* che si fa nella citazione (articolo 134, n° 5), o nel primo atto di produzione (art. 158, n° 2) può esser semplicemente la conferma della residenza o del domicilio naturale, ma può esser anche diverso, e quindi elettivo e più comodo alle notificazioni degli atti (*), oltrechè la *dichiarazione* stabilisce e determina il luogo della notificazione sino alla sentenza inclusive, escludendo le variazioni intermedie. Ne segue che la residenza e domicilio ordinario non attrae più a sè come la citazione così la notificazione della sentenza; all'incontro, e quasi in pena, la mancanza di dichiarazione o elezione, priva del vantaggio della notifica personale che si eseguisce suppletivamente al procuratore.

Al procuratore dunque non si notificano le sentenze, questo caso eccettuato. Al procuratore invece si notificano *le ordinanze* se non fu presente alla sua pronunzia.

3. È d'uopo tornare un momento sulle disposizioni che riguardano il domicilio di elezione per evitare una confusione possibile. Gli articoli 40 e 140 fanno del domicilio eletto il luogo legittimo per la notificazione degli atti: l'ultimo parla espressamente *della citazione*, non però *della sentenza.* Quelle disposizioni hanno un intendimento chiaramente distinto da quelle degli articoli 134, 158 e 159. Chi fu citato al domicilio eletto può mantenerlo colla sua dichiarazione giudiziale: può variarlo. La unificazione della sentenza non attende che a questa; la quale mancando più non si ricerca nè del domicilio eletto prima del giudizio, neppure del domicilio naturale; ma si provvede, come fu detto, colla semplice notifica al procuratore.

4. L'ultimo capoverso di questo articolo è in armonia coll'art. 334.

Articolo 368.

La notificazione della sentenza e dell'ordinanza indica la persona che l'ha richiesta, e quella a cui è fatta, e si eseguisce mediante consegna di copia nel modo e nelle forme stabilite per la notificazione dell'atto di citazione.

Articolo 369.

Le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificarsi sono spedite dal cancelliere o dal procuratore della parte, che fa eseguire la notificazione. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

(*) Cioè *nel Comune ove ha sede l'autorità giudiziaria avanti la quale si deve comparire* (art. 134, n° 5).

SEZIONE XI.

Delle spese.

Articolo 370.

La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni.

Quando concorrono motivi giusti, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte.

Se siasi ommesso di pronunziare sulle spese, si provvede con nuova sentenza sull'istanza della parte interessata, con citazione in via sommaria.

Annotazioni.

1. Che questo titolo, il quale per la prima volta ha avuto l'onore di un seggio distinto, sia stato sistemato meglio e più compintamente che in ogni altro Codice anteriore, di leggieri si scorge dal nnmero e qualità delle disposizioni.

Sulla *compensazione delle spese* vi è un brano della *Relazione* PISANELLI, che porta sn qnesti campi deserti un raggio di filosofia che noi cogliamo con piacere. Dopo aver detta la ragione per cui non si ammette la compensazione nelle liti fra' congiunti adottata in qualche Codice, prosegue: « La cosa sta diversamente allorchè « la ragione della compensazione vuolsi tro- « vare nel dubbio della questione; il dubbio, « se tale appare allo sguardo imparziale del « giudice, ha potuto facilmente diventare con- « vinzione in chi aveva interesse. *La parte* « *soccombente non ha sempre torto;* la espe- « rienza lo rivela tnttodì! Ma conviene espri- « mere che nei casi dubbii dovrà o potrà l'au- « torità giudiziaria compensare in tutto o in « parte le spese? Non si viene in certo modo « a derogare all'antorità del gindizio, al ca- « rattere di verità giuridica che informa la de- « cisione finchè non è revocata? D'altronde « sarebbe questo il solo caso in cui il magi- « strato troverà giusto di compensar le spese? « Se queste furono per la maggior parte ca- « gionate dal fatto e dal sistema di difesa im- « prudentemente o maliziosamente adottato « dalla parte vittoriosa, dovranno esse cadere « a carico esclusivo della parte soccombente « che poteva esser in buona fede nel sostener « la lite? »

La parte soccombente non ha sempre torto; pur troppo! Ma in faccia alla legge e nella convinzione dei giudici chi soccombe ha torto. L'epifonema adnnque non è diretto ai giudici. La espressione di *casi dubbii* (articolo 215 del Codice del 1859) fu tolta, e si è lasciata qnesta sola *per giusti motivi* (*): giustizia che non può essere meglio ravvisata cho dai giudici del merito, i quali nella parte razionale della sentenza dovranno darne conto, ma non saranno redarguiti in cassazione, essendo ciò rimesso alla loro coscienza. Tutto questo s'intende col debito rispetto alla logica che mai non si spregia impunemente; onde, *allorchè il motivo espresso per compensare le spese fosse di maniera da escludere la conseguenza*, tale sentenza dovrebbe essere annullata per violazione dell'art. 370.

È osservabile che la *soccombenza rispettiva delle parti*, data negli altri Codici quale causa di compensazione, non si vede più rammentata nell'attuale; per certo a quella formola *per giusti motivi* si è voluto dare la maggiore estensione.

2. Avendo la legge provveduto con un rimedio particolare alla *omissione della pronunzia sulle spese*, non si ricorre adnnque in cassazione: l'articolo 517, n° 6, ne fa espressa limitazione.

Articolo 371.

Qnando le parti soccombenti siano più, le spese si ripartiscono tra esse per capi, o in ragione del loro interesse nella controversia.

(*) Sostituita all'altra: *per gravi motivi.*

Se le parti siano condannate per obbligazione solidale, ciascuna può essere dichiarata tenuta alle spese solidalmente.

Se la sentenza non abbia stabilito sulla ripartizione delle spese, questa si fa per capi.

Annotazioni.

1. Qui si lascia un'alternativa alquanto pericolosa. La Relazione che spesso veniamo citando come fonte d'interpretazione autentica, ci fa conoscere la facoltà del giudice essere subordinata alla qualità del fatto. « La « ripartizione delle spese per capi (o singole « persone dei soccombenti) non è sempre « giusta, sia avuto riguardo al diverso inte« resse che ciascuna delle parti ha in giudizio, « sia tenuto conto del sistema di difesa fatto « valere da ciascuno. » La ripartizione per capi sarà la regola generale, e nei casi ordinarii la meno soggetta ad errore. Quando più contendenti stanno da una parte propugnando un diritto che hanno comune, avvegnachè l'interesse non sia uguale, o la loro cooperazione nella difesa sia stata più o meno energica, più o meno estesa, difficilmente potrà farsi luogo a ripartizioni dissimili di spese giudiziali, avendo tutti e ciascuno acconsentito e prestato concorso ai mezzi spiegati. Nondimeno può avverarsi una vera e spiccata disuguaglianza di posizione fra l'uno e l'altro contendente; risultare che alcuno di essi non aveva che un interesse secondario, ed è giusto che la condanna maggiore delle spese cada sopra colui che combatterà per un oggetto molto più cospicuo; o si restringa se fra coloro che sono in giudizio sorga una contesa distinta, specie di duello in una battaglia generale, come fra due creditori nel numeroso concorso di una graduatoria. Altro caso anche più ovvio è quello del terzo che interviene e solleva una contestazione a conto proprio, per lo più limitata: sarebbe ingiusto imporgli un contributo d'uguaglianza nelle spese eziandio anteriori al suo intervento. Al giudice il pesare tutte queste circostanze e il non abusare della facoltà che saggiamente gli viene impartita.

2. *La condanna solidale nelle spese* in obbligazioni solidali è una felice novità del Codice di procedura italiano.

3. **Precedenti storici.** — La divisione delle spese *pro numero succumbentium* fu sempre argomentata dalla semplice espressione *di condanna nelle spese*; tuttavolta, in tempo alquanto remoto, cioè poco appresso l'apparizione del Codice di procedura francese, fu notato qua e là qualche sforzo della giurisprudenza e della dottrina contro il principio della *non solidarietà* in casi che sembravano eccezionali. Si ricorda una sentenza della Corte di Rouen del 17 marzo 1808, che in un giudizio in cui più coeredi sostenevano un diritto ereditario collettivo, si pronunciò condanna solidale nelle spese *par la nature même de la chose*. Rousseau de Lacombe nel suo *Recueil de jurisprudence*, v° *Dépens*, inclinò in questa sentenza. Ma via svolgendosi la giurisprudenza, e la verità facendo forza ogni giorno più, si trovò unita una bella schiera di partigiani a favore della solidarietà delle spese, e furono Favard de Langlade, Dalloz, Chauveau, Thomine, ecc., e decisioni si vennero pronunziando in questo senso. Se le spese giudiziali assumono il titolo di *danni-interessi*, la solidarietà, considerata come accessoria del debito principale pure solidale, passò senza grave difficoltà; ma la difficoltà non è mai cessata rapporto alle spese propriamente tali, contrastanti non pochi autori (Boncenne, tom. II, pag. 242 e seg.; Boitard, Berriat, ed altri), i quali sostengono che il debito delle spese giudiziali è il prodotto di un fatto nuovo (il giudizio) e non punto l'accessorio del debito stipulato.

Noi abbiamo dunque nel nostro articolo la soluzione di un problema non privo di gravità e d'interesse.

4. *Partizione della condanna solidale delle spese.* La solidarietà verso il vincitore lascia pendente l'esame della partizione che dovrà aver luogo fra i coobbligati.

Le regole seguenti proposte da alcuni scrittori sembrano giuste. Se le spese fatte da ciascun coobbligato nel suo particolare sono di maniera che sarebbero state fatte ugualmente, l'interesse, ossia la quantità minore o maggiore del debito, non si considera, e i soccombenti saranno rispettivamente tenuti, fra loro, a una divisione per *singulos*. Se all'incontro alcune parti della procedura, alcuni parziali incidenti, si trattarono nell'esclusivo interesse di alcuno, costui ne sosterrà la spesa. La condanna solidale non pregiudica veruno di tali diritti.

Articolo 372.

Gli eredi beneficiati, i tutori, i curatori, e ogni altro amministratore, concorrendo motivi gravi, possono essere condannati nelle spese personalmente senza diritto di ripetizione.

Annotazioni.

1. Chiamo l'attenzione sull'art. 964 del Codice civile. Durante i termini concessi per far l'inventario e deliberare chi è invitato alla successione *non è tenuto ad assumere la qualità di erede:* ma sapientemente si aggiunge: « *egli* « *è però considerato curatore di diritto della* « *eredità, ed in tale qualità può esser chiamato* « *in giudizio per rappresentarla* o *rispondere* « *alle istanze contro la medesima proposte* ».

Questa legge è scritta nell'interesse dei terzi e della stessa eredità. Dei *terzi* che trovano ed hanno il loro legittimo contraddittore nello stesso erede deliberante, e possono più speditamente esercitare le loro azioni; della *eredità*, che non potrebbe avere un curatore meglio informato e più diligente. Ove però si tratti non di difendere una lite mossa, ma di muoverla per un titolo qualunque, anche il più urgente, in nome e conto della eredità, bisogna ritenere che l'erede deliberante (che male si direbbe erede beneficiato prima di averla accettata), nella prefata sua qualità di curatore, *deve farsi autorizzare*, come ci fa chiari l'articolo 965 del Codice civile.

Nella stessa condizione è il tutore (art. 296 detto Codice civile), e generalmente ogni amministratore: ora si domanderà se l'erede deliberante, se il tutore, se il sindaco di un Comune, ecc., *autorizzati essendo* da competente autorità a sostenere la lite, possano mai essere, comechè perdenti, condannati in proprio. E lo potrebbero, eccedendo per esempio i limiti assegnati, omettendo con inescusabile negligenza la produzione di un documento decisivo, ecc. In ogni caso di mancata o difettosa autorizzazione, ove sia necessaria, il rischio della lite è sempre a carico loro.

2. Giova avvertire che la condanna personale delle spese *può essere pronunziata d'ufficio*, senza che alcuna delle parti abbia prese conclusioni a questo effetto (CARRÉ, quest. 362; CHAUVEAU; PIGEAU, *Comment.*, tom. I, p. 312; THOMINE, tom. I, pag. 256).

Articolo 373.

I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato.

Questa domanda può farsi nella comparsa conclusionale, o verbalmente all'udienza.

Annotazioni.

1. L'usanza, molto comune ai causidici, di domandare l'aggiudicazione delle spese *dopo la sentenza*, benchè non vietata dal Codice di procedura francese, era da egregi autori, non senza buone ragioni, riprovata; ma generalmente la forza dell'uso prevalse, e i tribunali francesi non se ne fecero molto scrupolo. Ora l'art. 373 dichiara in qual modo e tempo debba farsi dal procuratore la istanza. Nell'articolo 218 dell'ultimo Codice sardo era cauto che in quel caso *doveva farsene risultare dal foglio d'udienza*. Perchè sono state omesse quelle parole? Si è forse voluta abolire codesta pratica, d'altronde tanto necessaria? O forse si è stimato che il procuratore attento avrebbe trovato nel suo stesso interesse uno stimolo sufficiente a tale menzione? Senza dubbio la sentenza sarebbe offesa dal vizio di *ultra petita*, il che più volte fu deciso in Francia (MERLIN, *Répertoire*, v° *Distraction des dépens*, ecc.; CARRÉ, quest. 565, ed ivi CHAUVEAU, ecc.). Abbiasi dunque innanzi gli occhi questa cautela; e mi si permettano alcune ulteriori e brevi osservazioni.

Le questioni francesi, di cui ho testè dato fuggevole cenno, non sono della pura e magra forma. Il nucleo stava in questo, che altro è che il *credito sia aggiudicato alla parte* e di poi se ne faccia trasporto ad altra persona, sia pure lo stesso procuratore: ed altro è che *prima di essere a quella aggiudicato*, il procuratore sia dichiarato creditore legittimo delle spese per un diritto di rimborso che gli appartiene. Aggiudicandosi al procuratore il credito

Digitized by Google

delle spese, almeno sino alla concorrenza delle suo anticipazioni, il condannato non può più opporre la *compensazione* con altri suoi crediti, come altrimenti potrebbe aver diritto di fare.

2. Il diritto dell'aggiudicazione delle spese del primo giudizio può esercitarsi dal procuratore anche in grado d'appello, dato che siano rifattibili dalla parte contraria. Può esercitarsi eziandio in caso di efficace *rinunzia alla lite* che si trae dietro l'obbligo di pagare le spese.

Quest'ultima combinazione, non accennata dall'articolo 373, vi è implicitamente compresa.

3. La nostra legge non dichiara se, in seguito della rinuncia agli atti della lite, debba pronunciarsi la condanna delle spese. Il Codice di procedura francese dispone che il presidente emetterà un'*ordinanza* o decreto di pagamento, con cui chiuderà la tassa delle spese da lui liquidate. Il sistema non può esser diverso, senonchè il giudice delegato alla liquidazione delle spese rilascerà la ordinanza. L'obbligo di pagare le spese in seguito di rinunzia è di diritto; il vincitore non avrà a far altro che domandare all'*autorità giudiziaria* (art. 375), e per essa al presidente in forma di incidente, la delegazione del giudice per la tassazione. Al procuratore basterà presentare la sua istanza o allo stesso presidente o anche al giudice delegato prima della tassazione, mentre, *congrua congruis referendo*, riceverà in questo caso una modificazione necessaria il disposto dell'art. 373.

Articolo 374.

Sino a che le spese non siano state pagate al procuratore istante, la parte può fare opposizione con atto d'usciere da notificarsi all'altra parte, e in questo caso l'importare delle spese è depositato nella cancelleria finchè l'opposizione non sia risoluta.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Annotazioni.

Qual è la *parte* che può fare opposizione? Il mandante: e come si espresse l'art. 219 del Codice passato, *il cliente*. È fra esso e il suo difensore che va a sorgere la poco onesta querela: la parte può ben provare che il procuratore non anticipò le spese, come pretende, o non in quella somma.

Questioni. *a*) Ciò è palese: ma il modo di procedere non è chiaro. L'articolo concede che l'opposizione può farsi *finchè le spese non siano state pagate al procuratore istante*. Può farsi dunque anche prima della sentenza; *ma non dorrà il cliente avere la notizia della istanza fatta dal suo procuratore a danno suo?* Altrimenti come potrebbe opporsi? Eppure la notizia non potrà averla se questi faccia la sua istanza *verbalmente all'udienza*. Costretto allora a portare i suoi reclami a *sentenza già pronunciata*, e la notizia della decisione, o tacita o espressa, essendo sempre presupposta, si domanda se il procuratore dovrà egli stesso darne parte al cliente, o piuttosto se in quest'ultimo la notizia si presuma; ed è il primo nodo da sciogliere intorno a questo articolo abbastanza complicato nell'apparente sua semplicità.

In generale parlando, l'esercizio dei diritti che spettano alla difesa per esser libero esige un dato positivo di scienza della offesa che si minaccia: raro e difficilmente si presume la scienza. Abbiamo tuttavolta un precetto della pratica: *scientia præsumitur in eo qui tenetur indagare, cum scire vel scire debere et posse paria sint*. Vi è di più: la sentenza che ottiene favorevole la parte che vi diresse costantemente i suoi sforzi, può bene considerarsi come un fatto suo, un fatto ch'essa non può ignorare, nel vivo interesse specialmente che ha di apprenderne il risultato. Oltre ciò la legge non ha mai detto nè ora nè prima che il procuratore sia obbligato di notificare al cliente la sentenza che lo favorisce in qualche parte delle spese; e di questo costante silenzio si dee tenere tutto il conto.

b) *La opposizione è fatta con atto d'usciere da notificarsi all'altra parte:* cioè al soccombente, che con ciò rimane inibito di pagare le spese, *e dere invece farne deposito in cancelleria finchè l'opposizione non sia risoluta.*

Potrà farsi l'opposizione in pendenza dell'appello?

A me pare indipendente dall'appello interposto dal soccombente e da ogni altro giudizio rivolto a far cader la sentenza. La questione ha un carattere speciale e si solleva fra altre persone; e, meno l'occasione, può dirsi nuova.

c) *Quale sarà la pratica da seguirsi? Qual è l'indole di questo giudizio?*

Non può tale giudizio considerarsi incidente del giudizio principale appunto perchè sta da sè e non è collegato a quel processo. Sarebbe assurdo concepire la esistenza di un incidente dopo la sentenza definitiva non sospeso dall'appellazione che questa sospenda, nè si saprebbe come non dovesse trasportarsi col giudizio principale in appello.

Io ritengo che, appresso la opposizione, lo stesso procuratore sia vestito di azione per far dichiarare il proprio diritto e respingere la opposizione, così esigendo il suo onore e il suo interesse; e malgrado l'appello interposto, poter promuovere in sede competente la sua domanda; quantunque io reputi che, permanendo il tribunale giudicante in possesso della propria giurisdizione, potrebbe non meno con istanza sommaria ripetere da esso la risoluzione. Suppongo adunque l'appello.

La controversia, oltre la novità sua, ha una certa gravità, e può comprendere un sostanziale interesse pratico. Sapendo poi che la cosa non corre per sè semplice, anche nella opinione degli scrittori che prepararono l'esame di questo punto di diritto giudiziario, mi sia concesso portare un passaggio assai ponderoso del PONCET. Dopo avere stabilito che le disposizioni accessorie della sentenza dipendono dal destino di essa, aggiunge: « Il y a néanmoins exception en ce qui *concerne les dépens dont la distraction aurait été prononcée au profit de l'avoué.* Cette distraction consiste en ce que sur la demande de l'avoué qui a gagné le procès, et sur son affirmation avant la prononciation du jugement, qu'il a fait la plus grande partie des avances, le tribunal lui adjuge à lui-même les dépens pour les recouvrer personellement et en son nom contre la partie condamnée. Or, quoique la distraction ne puisse être accordée que par le jugement même qui statue sur le fond; *quel que doive être la sorte de ce jugement, elle en devient totalement indépendante, vu qu'elle est prononcée au profit d'un tiers.* Que le jugement soit en effet ou ne soit pas susceptible d'appel, qu'il soit ou ne soit pas exécutoire par provision, *l'adjudication au profit de l'avoué ne peut-être ni suspendue, ni attaquée, ni détruite par aucune vie*; elle est irrévocable et sans retour, tellement que la partie condamnée fit elle-même tomber le jugement, n'aurait d'action en répétition pour les dépens que contre la partie adverse, et non point contre l'avoué ». E proseguendo espone le ragioni onde muove: e può vedersi nel trattato *Des jugements*, tit. III, chap. III, n° 293.

Io non intendo che porre in rilievo il principio della indipendenza dei due giudizi, senza occuparmi delle ultime conseguenze alle quali spinge il PONCET la sua teoria, supponendo che il pagamento sia già stato effettuato nelle mani del procuratore.

Dice il CHAUVEAU (in CARRÉ, quest. 570 ter) che la dottrina del PONCET non è ammissibile: a me pare vederci un equivoco. Colui che ha subìto condanna e ha diritto di appellare o appella, può ben rispondere: Io non pago nè voi nè altri. E chi gli darebbe torto? Quindi tutto quello che si discorre *sul diritto della restituzione* potrebbe dileguarsi; ma il discorso nostro è diverso. Il pagamento rimarrà sospeso finchè si vuole, come rimane sospeso l'effetto di ogni sequestro fintantochè si disputa sulla sussistenza del debito; ma noi diciamo che *il procuratore ha diritto di far risolvere la questione che lo riguarda, indipendentemente dalla sospensione del giudicato*, in forza del quale gli si devono pagare le spese. È ben chiaro che se la sentenza sarà tolta dal mondo, se la vittoria muterà di posto, la questione del sequestro non avrà più scopo.

Senza dubbio il procuratore dovrà affrettare al condannato la notifica della sentenza, o almeno fargli parte della disposizione che la favorisce, mentre io sono d'avviso che nella scienza di aver perduta la lite, pagando in buona fede le spese all'avversario, cesserebbe in lui ogni risponsabilità. Malgrado qualche diversa opinione, che ora non importa richiamare, tutto questo mi sembra incontestabile.

E quantunque il nostro articolo non dichiari, come il 133 della procedura francese, che il procuratore mantiene sempre salva la sua azione verso il proprio cliente, si deve ritenere come cosa certa.

Per ultimo osservo che non essendosi valso il procuratore di codesti mezzi, potrà competergli il privilegio per l'articolo 1936, n° 1, o 1938, n° 6, secondo i casi.

Articolo 375.

La sentenza di condanna nelle spese ne contiene la tassazione. Questa però può dall'autorità giudiziaria essere delegata ad un giudice.

Articolo 376.

Nella tassazione non si comprendono le spese degli atti riconosciuti superflui.

Quando diverse persone abbiano in causa lo stesso interesse, si tratti di azione od obbligazione individua, si ammettono in tassazione le spese per un solo procuratore.

Non si comprendono nella tassazione gli onorari dei procuratori per l'assistenza agli interrogatorii o al giuramento, salvo che questi atti siano seguiti all'udienza.

Se si tratti di procedimenti fuori della giurisdizione del tribunale davanti cui ebbe luogo il giudizio, si ammettono in tassazione soltanto gli onorari e le indennità di viaggio che sarebbero dovuti ai procuratori esercenti presso il tribunale, nella cui giurisdizione gli atti furono eseguiti, salvo alle parti il farsi rappresentare e assistere da questi.

Annotazioni.

1. Chi non desidera la economia nei giudizi? Ma *sit modus in rebus*. Più persone possono avere lo stesso interesse perchè sostengono lo stesso diritto, perchè dalla stessa causa o principio discende la ragione di ognuno; con tutto questo, come potranno essi costringersi ad aver fiducia in un solo difensore? E se in effetto merita di esser protetta la libertà della difesa; se talvolta, specialmente fra persone convenute o distanti o senza rapporti fra loro, è pressochè impossibile accordarsi nella nomina di un solo procuratore, ma allora perchè imporre ad esse il sacrificio delle spese e dei patrocinii che devono pur rifondere, benchè si trattasse di lite ingiusta, di lite dalla quale escono vincitori?

Io comprendo che l'avarizia e la disonesta sete di guadagno possa congiurare a rendere più amara la condizione del perdente, onde amplierei volontieri al giudice liquidatore le facoltà che già gli attribuisce il periodo primo dell'articolo 376: ma non si dovova, mi si perdoni, farne una regola normale, mentre doveva essere eccezione al verificarsi di qualche collusione, o anche, secondo le circostanze dei casi, di superfluità ed eccesso.

Quando le cose si spingono alla inormalità, non si lascino almeno degli imbarazzi. Si *ammettono le spese per un solo procuratore!* Proprio *le spese?* Supponiamo che fra cinque citati, il procuratore di Primo producesse un documento, quello di Secondo un altro documento, e via discorrendo, perchè questi e non quegli lo possedeva, mentre altre parti contribuirono, per mezzo dei loro patrocinanti, carte, memorie, conteggi, testimonianze ristrette a fatti che passarono fra essi e l'attore. Operando a vantaggio comune si dispendiarono nel proprio, trattandosi di fatti loro proprii che ciascuno, per la scienza e i mezzi che ne aveva, s'incaricava di giustificare; servirono alla verità, agirono con buona fede e con diritto; e al tirar dei conti, *un solo fra cinque* procuratori ricupera, quasi per grazia speciale, le proprie spese!

Ma almeno nelle parole *spese* non vorremo intendere che gli onorarii? Farebbe dubitare il vedersi nei due capiversi successivi sotto altro rapporto la distinzione; nondimeno siamo portati a questa interpretazione da una ragione così morale, che io mi auguro che la giurisprudenza che si prepara, voglia di tal maniera temperare l'aspra novità di questo articolo.

Andiamo avanti. Se le spese *si tassano per un solo procuratore*, ciò sembra significare che a favore di nessuna parte in particolare, a favore di nessun procuratore in particolare, saranno tassate! Come adunque si rimane? Rilascerà il presidente l'ordine di pagamento, secondo il prescritto dall'art. 379? Ciò non avverrà, io credo, perchè fra cinque procuratori che gli esibiscono le proprie note è difficile pensare che il presidente ne scelga uno, quasi privilegiato, a mente sua. Piuttosto potrebbe uscirne quello che non sarebbe il minimo fra gli inconvenienti di questa legge, che il tassatore vedendosi presentare cinque note in un affare che reputa individuo, le respinga sino a che una nota sola si combini fra gl'interessati e questa gli si presenti. Ma fin qui siamo andati parlando di procuratori, e dobbiam parlare di *parti*. Tutti quei cinque citati fecero delle spese e debbono i patrocinii ai loro difensori. Quale rimarrà digiuno? Quale avrà la sorte di essere indennizzato? Si farà forse un deposito del magro provento per dividerlo fra loro? Si farà una specie di concorso e di graduatoria, secondo alcuno abbia speso di più o di meno per equilibrare in qualche modo il danno che sopra tutti ricade?

Con quelle parole *lo stesso interesse*, e *si tratti di azione od obbligazione individua*, si

è forse voluto esprimere lo stesso concetto o due concetti diversi? Ognuno vede che il primo ha un'estensione maggiore. Dieci fra eredi e legatarii hanno *lo stesso interesse* per difendere il testamento del loro autore: hanno lo stesso interesse, ma non si tratta *di azione nè di obbligazione individua*. In verità quando si crede che sulle spalle di un solo procuratore possa comodamente portarsi il peso di qualunque più vasta difesa per qualsivoglia numero di persone; che uno solo basti a difendere il testamento per tutti, ed egli solo debba esser pagato, poco importa se l'azione o l'obbligazione non è individua a rigor di parola. Parmi dunque di vedere che la legge ha voluto vieppiù ampliare il suo dominio, estendere il campo della sua applicazione.

Non sarò io quello che venga ancora noiando i miei poveri lettori sulle note questioni d'individuità di azioni e di obbligazioni già toccate in altri luoghi; ma sono compreso di maraviglia che la mole di tali questioni trafori così dal fianco di un articolo di liquidazione di spese per piombare di tutto il suo peso sul giudice delegato a tassarle. Vero è che indi si passerà ad invocare la decisione del collegio (art. 377): ma tanto disputare è bene strano a sì misero scopo! Insomma si è creata una questione difficile di diritto, dove si doveva dare semplicemente un giusto e ragionevole arbitrio di ridurre la tassa in ogni caso, risecando le spese inutili.

Io denuncio questa parte dell'articolo 376 ai futuri legislatori che si affretteranno, spero, a riformarla.

2. Il secondo capoverso è in relazione colgli articoli 218 e 227, dai quali apparisce che la presenza dei procuratori mal si tollera dalla legge rapporto a quello comparizioni personali ove si vuol vedere al nudo la coscienza del litigante. S'intende che la cosa è molto diversa per quanto spetta agli esami testimoniali, nei quali l'assistenza del procuratore è indicata e implica uno degli uffici della difesa.

3. *Sul terzo capoverso dell'articolo* 376. Ben ponderato il testo, pare doversi intendere che nei procedimenti che si eseguiscono *fuori* della giurisdizione del tribunale (atti delegati ad un altro tribunale o ad un pretore fuori della sua giurisdizione), quando avvenga che i procuratori costituiti in causa si trasportino a quei luoghi per assistere a quegli atti, non debbano conseguire *altri onorarii e indennità di viaggio* che quelli che ad essi competerebbero se avessero prestato il loro patrocinio nei luoghi della giurisdizione del tribunale, per esempio avanti a una pretura che vi sia compresa. E di fatti molto più economico scegliere un procuratore locale. Tutto ciò non toglie che la parte stessa non possa servirsi del procuratore che difende la causa; ma in tal caso non avrà diritto a rifusione di spese oltre il limite proposto.

Se il caso si ripete non più avanti il tribunale, ma avanti una Corte, io stimo che l'articolo 376 sia da applicarsi alla lettera, e vedi come. L'indennizzo di viaggio del procuratore che si è diportato pei varii distretti del territorio della Corte assistendo alle operazioni delegate, avrà sempre per base il *territorio del tribunale:* disposizione letterale che, pel giusto principio di economia che la informa, segue altra regola di misura che la distanza.

Articolo 377.

La parte che intende reclamare dalla tassazione fatta dal giudice delegato, deve proporre il reclamo nel termine stabilito dall'articolo 183. Sul reclamo è provveduto a norma dello stesso articolo.

Quando il reclamo non sia fondato, chi lo propose soggiace alle spese dell'incidente, e il procuratore può essere condannato nell'ammenda di lire dieci.

La tassazione sottoscritta dal giudice delegato, se non vi sia reclamo, ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

Articolo 378.

Per le spese della sentenza, della sua notificazione, e del precetto, tengono luogo di tassazione la nota fatta dal cancelliere in margine della copia della sentenza, e la tassa indicata dall'usciere nell'atto di notificazione e nel precetto.

Il reclamo dalla nota del cancelliere o dalla indicazione dell'usciere non dà ragione a opporsi nelle altre parti all'esecuzione del precetto. Sul reclamo si provvede con citazione in via sommaria.

Annotazioni.

I cancellieri e gli uscieri, quali ufficiali pubblici, sono tassatori legittimi delle proprie operazioni. Il titolo esecutivo comprende l'ordine di esecuzione, che qui si chiama *precetto*. La esecuzione è sospesa per tre giorni, atteso il diritto di reclamo. Avendosi per distinte le tassazioni del giudice, del cancelliere o dell'usciere, i reclami sono pure distinti.

Articolo 379.

Per le spese dovute alle persone indicate nell'articolo 103 dai propri clienti o mandanti, il presidente rilascia in fine della nota presentata da esse l'ordine di pagamento nel termine non minore di giorni dieci, e non maggiore di trenta successivi alla notificazione. Il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

Il debitore che intende di far opposizione deve proporla mediante ricorso da notificarsi al creditore con citazione a comparire a giorno fisso davanti il presidente, il quale, se non possa conciliare le parti, fa risultare delle loro istanze ed opposizioni, e le rimette a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Anche gli avvocati per il pagamento degli onorari loro dovuti dalle parti possono valersi del procedimento stabilito da quest'articolo.

Annotazioni.

1. L'art. 103, che con questo si collega, statuisce la competenza alle azioni ivi indicate. Nella disposizione francese, sostanzialmente identica (art. 60), il CHAUVEAU ebbe a leggere una specie di controllo *ai fatti del procuratore ed altri ufficiali ministeriali*, tenuti a pagare dei loro diritti giudiziali avanti il tribunale della causa principale; e ne dedusse una conseguenza ben dura. « Nous croyons dans l'esprit « de la loi *que l'avoué ne puisse, en novant sa « créance, éviter la compétence, et par conséquent le contrôle du tribunal auquel il est « attaché.* » (In CARRÉ, quest. 278.) La proposizione è per lo meno esagerata. La legge della competenza avvicina volontieri con provvide viste le questioni consequenziali od anco occasionali alle loro sorgenti, tenendo conto dei rapporti ideali e reali che hanno dovuto formarsi fra le origini prime e i successivi esplicamenti. Se ne videro frequenti gli esempi in fatto di società, di amministrazione, di rendimento di conti, ecc. Io pertanto non voglio negare che un consimile nesso non si rinvenga fra il giudizio ove il difensore prestò il suo patrocinio, l'azione de' suoi onorarii e la giurisdizione a cui è recata. Ma ciò che a me sembra prevalere nella mente del legislatore è il favore dell'azione medesima, dimostrata anche dalla procedura facile e spedita assegnata a tali giudizi, quale si vede in questo articolo, e dalla comodità di chiamare il debitore al giudice del proprio domicilio. Ove però il titolo a conseguire gli onorarii cangiasse di forma, si trasportasse in obbligazione scritta, e si accettasse la giurisdizione comune o espressamente o con elezione di domicilio, della inibizione supposta dall'illustre autore, sarebbe vano il parlare. Non può accettarsi a niun conto la parola *controllo*, che sa di diffidenza veramente soverchia. L'ordinanza del presidente assume carattere di sentenza definitiva, per conseguenza appellabile; ma allora solo che sia passato il termine della opposizione.

2. Non ci viene significato *in qual termine debba farsi la opposizione*. La norma del termine non deve, a mio avviso, dedursi da quello assegnato al pagamento; ma vedo positiva l'applicazione dell'art. 183.

SEZIONE XII.

Disposizioni speciali ai giudizi contumaciali.

OSSERVAZIONI GENERALI

Il contumace è forse un uomo che resiste all'autorità, dispregia la giustizia; o vittima inconscia di un errore, di una frode tramata a suo danno, della imperfezione dei mezzi legali di comunicazione, si arrischia di condannarlo nella impossibilità di difendersi? L'umanità del legislatore moderno è agitata di continuo da questo dubbio; e poichè nel pericolo è meglio abbondar di cautele, l'istituto della contumacia divenne pesante, faticoso, pieno di difficoltà e di una lungheria sproporzionata all'ordinario metodo dei giudizi.

Se l'animo fosse certo che la citazione è pervenuta, come suole, alla cognizione del convenuto, sarebbe evidente che costui volontariamente si rifiuta all'invito: ma innanzi all'effetto negativo restiamo ositanti, dubitiamo: la coscienza del legislatore ha bisogno di tranquillizzarsi. La istruzione del contumace, la notizia del danno che lo minaccia, è questa la nostra preoccupazione; perciò siamo larghi al non comparso di termini *per fare opposizione:* la opposizione distrugge pressochè interamente il processo costruito in assenza di lui, e tutto si rifà da capo. L'affare si complica, si prolunga; e dato per un momento che si tratti di un contumace volontario che aveva il suo piano, tutti i vantaggi della *chicane* e del tempo sarebbero per lui.

Vedremo or ora introdotte nella legge novità non conformi alle previsioni del progetto, e molto distanti eziandio dalla tradizione. In mezzo a questo, per grazia di metodo, si è diviso il titolo *del giudizio contumaciale* dalla *opposizione*, di cui si è fatto un titolo a parte (Capo I, del Tit. V); e non è il più giovevole come all'esame dottrinale così alla prontezza delle applicazioni pratiche.

Articolo 380.

Quando non siavi stata costituzione di procuratore a norma dell'articolo 159, il convenuto sull'istanza dell'attore è dichiarato contumace.

Se il procuratore dell'attore non siasi costituito a norma dell'articolo 158, l'attore non può far dichiarare la contumacia del convenuto, ma deve rinnovare la citazione.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — L'antichità non comprende un giudizio senza attore o senza reo; e finchè la *litis contestatio* è il suo carattere costitutivo ed essenziale, il contumace può esser colpito dal rigore della legge, ma non si costruisce perciò il giudizio senza di lui. Siamo giunti alla maturità della legislazione romana e non si è trovato altro rimedio che dare all'attore in possesso i beni del reo contumace (Novella 53 e 54, Leg. 2 Dig. quib. ex causis in possess.). Ben poteva il reo domandare dopo l'anno, e dopo la triplice citazione, *actore absente*, la risoluzione del giudizio; ma di rincontro non fu ammesso a questo diritto contro il reo contumace se non successivamente (Novell. Leon. 108). Tutto ciò era empirico: il criterio direttivo si viene formando in altra epoca, di mezzo ai rescritti dei papi e al diritto canonico: ivi si ricerca la imputabilità morale del contumace; si guarda la questione dal lato della sua libertà e del suo diritto; si organizzano i mezzi della scienza; si ordina la citazione personale; sono geminati gli avvisi, e occorrendo si chiama per pubblico editto. Si ammette la purgazione della mora; si accordano spazi per addurre le scuse; la *possessio*,

che qualche volta si accorda all'attore *ex primo decreto*, è uno dei provvedimenti del sistema giudiziario del tempo, ma ha perduto il carattere della coazione o della vendetta.

2. La legge riconosce la contumacia sì del convenuto che dell'attore; diversi però gl'intenti, e in parte gli ordini del rito; dell'uno la contumacia si ritiene involontaria, perciò gli si dànno le comodità maggiori; l'altro è un contumace volontario perchè, attore, non può ignorare la lite che muove; ma nel farsi rappresentare erra nominando per esempio a procuratore uno che è senza qualità o non lo provvede di legittimo mandato; ovvero il suo stesso procuratore non adempie agli obblighi della sua costituzione. La legge nell'articolo 381 si affretta a dichiarare il senso di codesta ibrida contumacia dell'attore; e ha per oggetto di ottenere l'assoluzione dello domande o delle spese, indifeso lo stesso attore, che per propria colpa, incauto provocatore, si è privato del diritto di difendersi.

Fermiamoci a considerare le condizioni richieste per accusare rispettivamente la contumacia.

Non si tratta semplicemente della mancanza di costituzione, ma della *costituzione qualificata o giuridica* che risponde ad una forma prescritta. Ciò non sarà senza imbarazzi nella pratica. S'intende facilmente che il convenuto che va contumace, non farà una imperfetta costituzione di procuratore, ma non ne farà di sorta. Se così non fosse, quel pesante treno di formalità, che vale ad assicurare la scienza in lui del giudizio e a dar favore alla sua difesa, sarebbe un ordinamento poco serio del legislatore. Di fatti, supponiamo che il suo procuratore siasi presentato, ma senza un mandato regolare; abbia tentato, ma invano, di costituirsi poichè gli mancò il requisito sostanziale di un mandato conforme all'art. 48: ecco il convenuto in istato di contumacia, comechè sia tanto certo ch'egli venne citato, sia tanto certo che egli ebbe in animo di comparire e difendersi che incaricò a questo scopo un causidico. Non più adunque questione di scienza o d'ignoranza o di volontà negativa: è una questione di nullità di procedura. Ciò avviene qualche volta dal troppo amore di precisione. Il Codice di procedura francese, d'altra parte difettosissimo in questa materia (art. 149), l'ex-siciliano (art. 242), quello che già fu di Parma (art. 497) ed altri, si limitano a dire: *se il convenuto non ha costituito procuratore*. Questo è meglio: per noi invece può esistere la costituzione, ma tale che non soddisfaccia pienamente all'esigenza degli articoli 158 e 159; tale che abbia mancato ad alcuno parti di essi articoli, o non dichiarando la residenza, o non depositando i documenti. Veramente alla perfetta costituzione noi crediamo bastare l'adempimento al n° 1 con quelle enunciative di nomi e di oggetto che sono indispensabili.

Pertanto è positivo, secondo la legge nostra, *che la irregolarità della costituzione del procuratore, quando sia tale da produrre nullità, si risolve nella contumacia.*

3. Del resto le altre disposizioni dell'articolo 380 sono irreprensibili. Se l'attore non si è messo in regola, la citazione cade allorchè si tratti di farne appoggio a una dichiarazione di contumacia del convenuto; ma può valere come base del giudizio allorchè, trovandosi il convenuto in regola dal canto suo, se ne giova approfittando del contrario errore: nulla di più giusto in questa strategica dei giudizi.

Articolo 381.

Quando il procuratore del convenuto siasi costituito a norma dell'articolo 159, e quello dell'attore non abbia fatta la sua costituzione a norma dell'articolo 158, il convenuto può far dichiarare la contumacia dell'attore, al fine di ottenere l'assolutoria dal giudizio o dalle domande dell'attore, e il rimborso delle spese.

Se il convenuto proponga domande riconvenzionali, deve notificarle all'attore personalmente.

Annotazioni.

1. È pur fermo, come si disse da principio, che la contumacia è tanto del convenuto quanto dell'attore che viene in giudizio senza legittimo rappresentante. Qualunque sia la ragione per la quale costui amò di battere la via della contumacia dopo aver citato, o sia il prodotto dell'errore, la legge non se ne occupa: egli è trattato come un contumace, quantunque non divida tutti i benefizi del convenuto contumace, come avremo cura di divisare lungo il commento di questo titolo.

2. Qui preme osservare che la *produzione della citazione nella cancelleria* è necessaria, onde esista quel preparato *senza cui il giudizio*

contumaciale dell'attore non potrebbe aver luogo. L'attore vi è già, ma senza difesa. Se la citazione si fosse dispersa, se non avesse mai toccate le soglie della cancelleria, non esisterebbe a verun effetto giudiziale; quegli al quale fu intimata potrebbe giovarsene come di una provocazione, di un atto di iattanza, di una disfida stragindiziale per farsi attore egli stesso a quegli scopi che sarà per proporsi; ma non avrebbe addentellato per edificarvi la contumacia dell'attore e domandare assolutoria.

3. La posizione del contumace è per lo meno pericolosa: egli non può difendersi. L'attore che non ha costituito procuratore, o non lo ha costituito regolarmente, è dunque esposto alla rivalsa del convenuto che lo attacca, per dir così, al fianco scoperto, e si adopera per ottenere intanto una sentenza di assoluzione.

Fra la posizione per altro dell'attore contumace e del convenuto contumace vi è differenza che non può sfuggire a chi vi ponga mente alcun poco. L'attore, comparso, ha piantato il suo giudizio, ha portati i suoi documenti, ha esibito difese, ha detto a voce le sue ragioni. Nel timore che lo stato di contumacia influisca di troppo nella mente dei giudici e li faccia inchinevoli a vedere nel contumace la confessione del torto, la legge francese ammonì i giudici di accogliere le conclusioni della parte requirente *allora solo che fossero giuste e ben verificate.* La nostra legge crede inutile l'ammonizione di ciò che la giustizia lo esige imperiosamente. Ma una volta che la domanda sia giusta e ben fondata, ne segue *che la sentenza contumaciale potrà essere definitiva del diritto,* salva, ben inteso, la opposizione. Fingiamo per contro la contumacia dell'attore accusata dal convenuto. Resta a sapere *se la sentenza assolutoria che va ad ottenere il convenuto, sia di merito e di ragione;* o piuttosto, come si direbbe in modo assai intelligibile, *una semplice assoluzione dalla osservanza del giudizio.*

Il Boitard opina così: « En effet, egli dice, « puisque en cas de défant de demandeur, nous « ne reconnaissons pas au tribunal le droit « d'intervenir pour lui, le droit de vérifier le « mérite de sa demande, *comment-donc accor-* « *derions nous à un jugement rendu sans au-* « *cune connaissance de cause l'effet d'un juge-* « *ment définitif, d'un jugement sur le fond,* sauf « à l'attaquer dans la huitaine par la voie de « l'opposition? » (all'articolo 118).

La domanda sarà respinta perchè non sostenuta dalle prove; il convenuto non ne avrà riportato un reale vantaggio se non forse a certi effetti giuridici che qui non occorre avvertire; una di quelle risoluzioni che i francesi chiamano *congé de demande*, che non fanno ostacolo alla sua immediata riassunzione. Il convenuto può fare di più: può assumere di giustificare in effetto le sue eccezioni: niun dubbio ch'egli non possa riportare assoluzione definitiva (Ab-Ecclesia, canon., part. II, obs. 41).

4. *Una domanda riconvenzionale* è giudizio nuovo e principale, salva l'unione. *Sarà notificata all'attore personalmente.* L'articolo 39 dichiara il modo. Sin d'ora chiamo l'attenzione sul divario che passa tra *la notifica che deve farsi personalmente* e quella che si eseguisce *in persona propria:* il che andiamo a vedere all'articolo seguente.

Articolo 382.

Quando la contumacia riguardi il convenuto che non sia stato citato in persona propria, l'attore può per l'effetto indicato nel capoverso dell'articolo 474 fargli notificare un nuovo atto di citazione, con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia.

Se tra due o più convenuti alcuno sia stato citato in persona propria, o comparisca, e alcuno non citato in persona propria non comparisca, l'attore, se non rinunci all'effetto della citazione contro il non comparso, deve farlo citare nuovamente con la dichiarazione suddetta.

Annotazioni.

1. Alcune disposizioni sono comuni alla contumacia dell'attore e a quella del convenuto: questa è specialissima alla seconda.

Nel Codice è ben designata l'aspirazione continua della legge a far sì che il citato riceva egli stesso l'avviso giudiziale senz'altro intermezzo. È sopratutto nei giudizi contumaciali che la legge si preoccupa della nostra libertà onde sia tutelata nel miglior modo. Qui comincia la riforma, i cui risultati sono invero di gran momento.

Risulta egli forse dalla fede del pubblico uf-

ficiale che la *citazione è stata notificata* IN PERSONA PROPRIA *del convenuto?* Se ne conclude che la sua contumacia è volontaria. Ma ogni altra maniera di comunicazione, quantunque stimata equivalente nei casi ordinarii, di fronte alla contumacia si avvisa scarsa e non abbastanza sicura: quindi per evitare lunghezza di giudizi (più avanti ne daremo spiegazione) *è data facoltà all'attore* di ripetere la citazione al convenuto *con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia.*

La citazione eseguita in *persona propria del convenuto* è un fatto storico che ci dispensa dal ripeter la citazione; ma è un fatto che non può comandarsi, non potendosi prevedere se l'usciere sarà così fortunato da incontrare la persona stessa del convenuto e applicargli il libello. Non è possibile dipartirci dal metodo ordinario delle notificazioni personali statuito dall'articolo 39. Ma tanto basta; la citazione così ripetuta è già una guarentigia che non ha pari. Era già stata praticata da altri Codici con pieno successo (Regolamento romano, 10 novembre 1834, § 557), e sovvienmi che scrivendo in questa materia (*Commentario al Codice sardo*), e parlandone in Consigli ov'ebbi l'onore d'intervenire, io raccomandava questa pratica, una delle più proficue e risolutive dei consueti imbarazzi delle contumacie, e son lieto di vedere in gran parte avverato l'augurio. Rammenterò, in occasione di discorso, che in quel sistema il contumace poteva bensì presentarsi a purgare, con certo rito, la contumacia; ma non si ammetteva però la opposizione propriamente detta, certi come si era che il citato se ne restava, per volontà e deliberazione sua, contumace.

La citazione rinnovata è dunque lo spediente diretto, perchè assicura la scienza; e ottimamente provvede all'interesse del convenuto che, supposto il difetto della prima notizia, non ha subìto il menomo pregiudizio quando riceve il secondo invito. Nelle passate procedure si era adottato il ripiego di *notificare personalmente le sentenze e i provvedimenti contumaciali mediante delegato usciere;* ma veniva troppo tardi, perchè la posizione del contumace si era già notabilmente deteriorata, o nulla influiva a semplificare il sistema.

2. *Sul capoverso dell'articolo.*

Si *rinuncia all'effetto della citazione contro il non comparso* quando si crede di poterne fare a meno, quando si riconosce che la sua presenza sarebbe superflua.

Articolo 383.

La dichiarazione di contumacia dev'essere chiesta nel termine di giorni sessanta dalla scadenza di quello stabilito per comparire, salvo che tra più attori o convenuti alcuno sia comparso.

Per questa dichiarazione la parte interessata deve far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione delle cause contumaciali, e giustificare, con certificato del cancelliere, ch'essa adempì e l'altra parte non adempì le disposizioni degli articoli 158 e 159.

Annotazioni.

Abbiamo il ruolo delle cause contumaciali che segna nello stesso tempo un provvido intervallo fra la scadenza della citazione introduttiva e la sentenza che, dichiarando la contumacia, decide o può decidere la causa.

Prego avvertire che ora rientriamo in quell'ordine di disposizioni che si applicano alla contumacia sì del convenuto che dell'attore.

Il doversi chiedere *nel termine di giorni sessanta* significa che la dichiarazione di contumacia può esser chiesta anche subito dopo la scadenza della citazione (facendo istanza per la iscrizione in ruolo); significa che, spirati i sessanta giorni, l'effetto della citazione è perento, e perenta con essa la procedura che dovrà rinnovarsi.

Se fra più attori alcuno è comparso, forsechè il convenuto che intende accusare la contumacia dei non comparsi, e così dicasi del caso inverso, non dovrà seguire la regola dei sessanta giorni quanto ai non comparsi? Sarebbe mai possibile un sistema diverso, sebbene l'aggiunta, che io stimo una superfinità, abbia portata più tenebra che luce? dico l'aggiunta in relazione all'articolo 222 del Codice ora cessato. La comparsa adunque verificatasi o iniziale o successiva non immuta, ciò è evidente, il rito osservabile rimpetto ai contumaci. Se noi supponiamo che vi abbiano da un lato attori contumaci e dall'altro convenuti contumaci, la osservanza di questo metodo potrà variare solo in ragione di tempo, poichè

qual prima e qual dopo, nello spazio abbastanza prolisso dei sessanta giorni, potrà essere domandata la dichiarazione di contumacia: la legge non provvede a tale incongrua ma legittima varietà, la quale potrebbe condurre a consecutive iscrizioni in ruolo e a proposizioni diverse della causa: il che sarebbe strano e assurdo. Io credo sia confidato alla prudenza dei giudici evitare lo inconveniente regolando lo udienze e dirigendo le cose in modo che tutte le fila riescano ad un capo, per rendere osservanza a quella unità di giudizio che vedremo or ora raccomandata.

Articolo 384.

La sentenza, che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante.

Se tra più attori o convenuti alcuno non sia comparso, l'autorità giudiziaria pronunzia colla stessa sentenza riguardo a tutte le parti.

Se sia stata fatta la notificazione prescritta dal capoverso dell'articolo 381, o la citazione sia stata rinnovata a norma dell'articolo 382, la sentenza ne fa menzione.

Annotazioni.

1. Il combinarsi di contumacie di diverso ordine (di attori insieme e di convenuti) e il concorso di giudicabili e presenti e contumaci, muove difficoltà pratiche e interessa l'attenzione.

Bisogna condurre le cose a modo, io diceva testè, *che si pronunci una sola sentenza per tutti:* precetto rigoroso perchè giusto e imprescindibile. Lo scopo si raggiunge più facilmente se quegli che fa aprire il ruolo della udienza contumaciale avrà cura di comprendervi tutte le parti; che però non impedisce al tribunale di proferire un *decreto d'unione*, se alcuna parte fra quelle che sono comparse sia stata omessa, quantunque il nuovo Codice non parli di decreto d'unione, già prescritto con tanto rigore nei passati (art. 239 Cod. ultimo). Le contumacie insomma dovranno esaurirsi (dal caso in fuori della rinuncia, *capoverso* dell'articolo 382), onde niuno dei chiamati si rimanga insoddisfatto e incompreso nella sentenza che deve pronunciare su tutta la causa.

Se trattasi della contumacia *di convenuti*, l'attore ha, per dir così, il governo della procedura, e può camminare sollecitamente e con semplicità alla fissazione della udienza. Se vi saranno contumacie *di attori*, tanto il coattore che è comparso quanto il convenuto potranno avere interesse di accusarne la contumacia, e faranno le pratiche opportune. Ma se al primo non giovasse di fare atti contro il coattore, resterà in mezzo uno intervallo *infranchissable;* e converrà aspettare sino all'ultimo dei sessanta giorni in cui il convenuto ha facoltà di chiedere la dichiarazione di contumacia contro quell'attore che non è comparso. È uno fra gli inconvenienti del sistema.

2. Giova qui rimarcare come siamo andati lontano dal sistema francese, per verità molto peggiore.

Una parte citata si tiene contumace, e l'altra si presenta. Nasce tosto un decreto di unione delle due cause, decreto *che si notifica al contumace per usciere speciale* (art. 153). Tale notifica non è che una citazione a comparire. Il nuovamente citato non comparisce: nasce sentenza che ha virtù contraddittoria, *e non è suscettiva di opposizione.*

Ecco un brusco passaggio dall'ordine contumaciale al contraddittorio, di cui niuno meglio del Boitard ha reso ragione. Perchè adunque? Per non portare un colpo irreparabile *alla necessaria unità del giudicato:* perchè fra due correi che hanno lo stesso merito e lo stesso demerito in unica causa non avvenga che uno abbia ragione e l'altro torto. Una disposizione di questa natura fu come imposta al legislatore da un bisogno anche più forte *di quello della difesa:* sta bene che ognuno debba aver agio e comodità di difesa: ma giova anzitutto salvare il principio della identità dei giudicati, non esporre la giustizia a contraddirsi sullo stesso punto e fra le stesse persone. Così parve balenare alla mente del legislatore francese il principio che avrebbe dovuto seguirsi; ma, eccetto questa combinazione, il metodo contumaciale era compiutamente applicato.

Se il legislatore francese fu contento di assicurarsi dal pericolo della contrarietà dei giudicati, pare che i legislatori italiani, venuti prima d'oggi, non temessero molto quel pericolo. Vero è che *la unione della causa del contumace con quella del comparente* venne ingiunta dalla legge *a pena di nullità* (articolo

239 del Codice del 59). Dovevasi pure notificare la sentenza d'unione personalmente e per usciere speciale al contumace. Pareva con ciò assicurata la inscindibilità dei giudizi. Eppur no: veniva larghissimo e veramente prodigo di favore al contumace l'articolo 240, che *contro ogni sentenza contumaciale accordava la opposizione*. Con ciò i giudizi tornavano a confondersi. Primo e Secondo erano stati condannati, l'uno in contraddittorio, l'altro in contumacia, colla stessa sentenza, a cancellare una ipoteca iscritta in loro nome a carico di Cajo: Secondo ha il vantaggio della opposizione, e riesce ad essere assoluto. Vedete voi lo stato delle cose? Il tribunale giudicando pro e contro era nel suo diritto: non si poteva opporre come cosa giudicata la sentenza contraddittoria, pronunciata fra altre persone. Alle Corti d'appello, se era possibile, o alla Cassazione riparare lo sconcio.

Cosa si è fatto di meglio nei nuovi ordini legislativi?

La dichiarazione di contumacia si pronuncia colla stessa sentenza di merito che risolve la causa e riguardo ai comparsi, e riguardo ai non comparsi.

Ma non compete forse a questi ultimi il rimedio della opposizione, mediante il quale e rapporto ad essi, la sentenza va a risolversi in nulla; talmente che la sentenza è nello stesso tempo *assoluta pei comparsi*, e pei non comparsi semplicemente *condizionale?*

In linea di semplice avvertenza, non si è più tenuti a far precedere la sentenza di unione, quantunque non possa esser vietato. Il contumace può essere stato citato due volte o una volta sola. Due volte nella ipotesi dell'art. 382. E in questa è a dirittura tolto il diritto della opposizione (art. 474). Allora è chiaro che la legge considera come pronunciata in contraddizione la sentenza; e se così andasse per tutti la bisogna, pericolo di contrarie sentenze non ci sarebbe più, e il rimedio della opposizione tornerebbe perfettamente inutile. È palese che accordata che sia la *opposizione*, la contrarietà dei giudicati è sempre possibile. Ma quand'è che si accorda la opposizione? *Potrebbe dirsi che non si accorda mai, o rarissimo almeno e in una ipotesi quasi inescogitabile;* e a così nuova o quasi incredibile proposizione dobbiamo prendere un anticipo sull'articolo 474 (1).

Se il convenuto *è stato citato in persona propria*, non ha diritto alla opposizione. (L'articolo 474 è letterale, *ratione contrarii.*) Se il convenuto non è stato citato in persona propria ma è stato invece doppiamente citato, non ha diritto alla opposizione (capoverso dell'articolo 474). Sarebbe forse l'attore contumace che avrebbe diritto alla opposizione? Mai no: lo stesso articolo 474, e giustamente, non concede questo benefizio che al convenuto. Ma quando? Non vi può esser che questo caso, *che il convenuto non sia stato citato in persona propria*, e *la citazione non sia stata rinnovata*. È dunque sempre in facoltà dell'attore, rinnovando la citazione, privare il convenuto del vantaggio della opposizione.

Giunti a questo risultato, del che già diedi qua e là alcune previsioni nel commento, vediamo *pressochè assicurata la unità* e *stabilità del giudicato* e l'interesse generale che ne deriva. Anzi, come vengo dal dire, basterà adempire alla sostanziale formalità della seconda citazione, perchè non possa mai elevarsi opposizione; non competerà allora che l'appello, e rientreremo nell'ordine comune. Parlando dell'articolo 382, notai che il rinnovamento della citazione *è di mera facoltà* (..... *l'attore* PUÒ *per l'effetto indicato nel capoverso dell'articolo* 474, *ecc.*). Non so perchè non sia stato obbligatorio, e avrebbe potuto risparmiarsi il capitolo della opposizione.

Havvi un'altra importantissima avvertenza che finisce di provare *che la discordanza e contrarietà dei giudicati non è quasi più possibile* (2).

Se il rinnovare la citazione *è di facoltà* quando l'attore si trova in ballo con un convenuto che non comparisce (art. 380, parte I), *è di necessità* quando varii sono i convenuti, alcuni comparsi ed altri no: e ciò è fatto per assicurare appunto la unità e stabilità del giudicato emanato fra diverse persone, e pareggiare di ognuna la posizione giudiziaria.

E perciò, a meglio conoscere quali sentenze portino la impronta del giudicato definitivo, il capoverso di questo articolo 384 ordina *che si faccia menzione delle formalità praticate.*

(1) Prego sempre di riflettere che si tratta dei giudizi contumaciali *avanti i tribunali civili e alle Corti d'appello*.

(2) *Stabilità* del giudicato si ha quando la pronunciazione è assoluta, quando non è risolubile per opposizione. *Unità* e *inscindibilità* quando non è a temersi contrarietà, risolvendosi una parte del giudicato o restando l'altra. Per noi è assicurato quest'ultimo requisito della sentenza: in massima parte il primo.

Articolo 385.

Quando occorra qualche atto di istruzione si procede come è stabilito nelle sezioni precedenti.

Però le istanze che si promuovono nel corso del giudizio, e le ordinanze di istruzione sono notificate al contumace, mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria.

Le sentenze e gli altri provvedimenti sono notificati personalmente al contumace da un usciere destinato dall'autorità che li pronunziò, o che sarà all'uopo richiesta. La notificazione altrimenti eseguita è nulla.

L'usciere destinato, in caso di legittimo impedimento, può essere surrogato con decreto del presidente, o dell'autorità giudiziaria richiesta.

Annotazioni.

Il convenuto che non comparisce, *benchè citato in persona propria, o replicatamente citato*, si mantiene in una contumacia che potremo chiamare *volontaria* e *impropria;* nondimeno la legge esige speciali maniere di comunicazione.

Le istanze intermedie che tendono ad atti di istruzione (e fra questi si noverano tutti i mezzi di prove e tutte le domande incidentali) oggi non denno che affiggersi alla porta esterna del tribunale, *ad valvas curiæ;* mentre una comunicazione personale e di special forma è prescritta ad ogni decisione anche della minore importanza.

Articolo 386.

Non ostante la dichiarazione di contumacia, e sino alla sentenza definitiva, il contumace può comparire e proporre le sue ragioni; ma avranno effetto le altre sentenze già pronunziate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammissibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarle.

Se il contumace comparisca scaduto il termine per controdedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non può valersi di questi mezzi di prova.

In qualunque tempo comparisca il contumace, anche in via di opposizione o di appello dalla sentenza definitiva, si ha per non avvenuta la ricognizione di cui nell'articolo 283, sempre che nel primo atto neghi specificatamente la scrittura, o dichiari di non riconoscere quella attribuita a un terzo.

Annotazioni.

La opposizione *è uno dei mezzi per impugnare le sentenze:* non può dunque spiegarsi questo mezzo se non esista sentenza.

Qui la legge suppone pronunciata la dichiarazione di contumacia per sentenza *non definitiva:* poichè pone in ipotesi atti di istruzione e prove: il contumace costituisce procuratore: egli entra francamente nella lizza, *e non per via di opposizione.*

Lo spazio che si è concesso, e talvolta assai lungo, al contumace per comparire *de plano* a giudizio pendente, tende vieppiù a diminuire l'uso della via di opposizione. I francesi chiamano *rebattre un défaut* la comparsa che fa il contumace improvviso alla udienza in cui si pronunciò la sua contumacia; tentando di sconginrare colla sua presenza la pronuncia ancor palpitante, userò questa frase, e *supprimer le défaut.* Si è disputato sopra questa specie di colpo di scena o di sorpresa, disapprovato da taluno (Boncenne), altri se ne rimise alla prudenza dei giudici. E così faremo noi se avvenga il caso, e finchè la sentenza non sia stata formalmente pubblicata.

Intanto il nuovamente comparso potrà trovare il terreno solcato da atti divenuti irreparabili; egli deve accettare questo stato di cose: *imputet sibi.* Se è ancora in tempo, e

si tratti di decisioni appellabili, può interporre appello.

La privazione di certi mezzi e argomenti di prova è una delle conseguenze della tardività e del fatto consumato. La contingenza avvertita nel primo capoverso è una limitazione del principio che il comparente è ammesso a tutti i diritti della difesa, *eccettuato il gius della prova quesito alla parte contraria;* idea consona a quella di una sentenza ottenuta non appellabile, o dalla quale non si vuol appellare. La contingenza dell'articolo 229 è forse la sola osservabile, essendochè in essa l'esercizio della prova (controprova) è correlativo ai mezzi spiegati dalla parte contraria, e vincolato a condizioni di modo e di tempo.

Del secondo capoverso si è avuto ragione esponendo l'articolo 283.

Articolo 387.

L'attore nel corso del giudizio contumaciale non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione.

Parimente il convenuto, nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 381, non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto da lui fatto notificare all'attore.

Annotazioni.

1. Un passaggio di Rodier sarà buon commento a questo articolo: « Ainsi depuis l'exploit « d'assignation, le demandeur a quelque autre « demande à faire, s'il veut corriger celles « qu'il a faites, ou si d'autres parties assignées « comparaissaient, il y a quelques nouvelles « conclusions à prendre contre elles qui « puissent intéresser le défaillant, *il doit le « faire pour requête ou autre exploit qu'il lui « fera signifier à personne ou à domicile;* et « en rapportant cette signification, on lui adjugera par défaut les conclusions de ce nouvel « exploit comme celles du premier, s'elles ne « sont pas corrigées » (sull'articolo 4, articolo 5 dell'Ordinanza).

È giusto che non potendo il contumace conoscere le variazioni della prima domanda, essa rimanga immutabile: ma una considerazione non meno giusta si offre alla mente. Lo stato anomalo in cui si mantiene il contumace potrà render deteriore la condizione dell'attore, impedirgli l'aumento e lo sviluppo legittimo delle sue conclusioni? Parmi risponda in termini la dottrina del Rodier, fra gli antichi proceduristi sommo. Le conclusioni prese nel libello introduttivo potranno adunque variarsi, non ostando, secondo noi, l'articolo 387, ma alla condizione *della notificazione da farsi personalmente* (non in persona propria), uneudovi amendue le conclusioni, perchè non si è mai certi che la prima sia pervenuta a notizia del contumace. Malgrado il silenzio della legge, io non dubito di affermare una facoltà che non si potrebbe senza offesa della giustizia e della logica negare. In un prolungato giudizio contumaciale, dopo varii esperimenti di prova, può sentirsi il bisogno di variare una conclusione meno per pentimento, che per naturale modificazione dello stato del processo.

2. La seconda parte dell'articolo guarda alla posizione inversa, alla contumacia dell'attore. Trattasi di quel modo di reiezione che i francesi chiamano *congé défaut* o *de demande*, e del quale qualche cenno si è dato all'art. 381. Quantunque siasi osservato che mancando nella condizione di contumacia dell'attore quel fondamento che vuolsi a conoscere il fondo d'una questione, onde non sia per nascere, o raramente almeno, una sentenza di merito, e quasi sempre si faccia luogo all'assoluzione *ab observantia* (vedi però la nota 3 al suddetto articolo 381), tuttavia la legge non ha voluto dare al convenuto un vantaggio sopra l'attore, e gli proibisce di mutar conclusione. Chiamo l'attenzione sulle ultime parole che stabiliscono l'obbligo *di notificare la conclusione all'attore.*

Articolo 388.

Le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa, e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, sempre che la medesima sia stata regolarmente verificata, sono a carico del contumace anche quando ottenga sentenza favorevole nel giudizio di opposizione o di appello, salvo in questo caso la tassa di registro sul valore della causa.

La sentenza che condanna il contumace alle spese contumaciali è esecutiva per questo capo anche in pendenza del giudicio di merito.

Annotazioni.

La obbligazione delle spese è *ab antiquo* indossata a colui che si presenta a purgare la propria contumacia. Valeva come pagare il biglietto d'ingresso alle aule della giustizia; e, come si fa, doveva pagar prima dell'ingresso. Era legge di tutti i codici. Oggidì le spese della sentenza contumaciale proseguono ad esser caricate al contumace, ma non per via d'anticipazione e quale condizione. La legge mostra tuttavia di ritener sempre volontaria e imputabile l'assenza del chiamato; e questo poi non è vero secondo il miglior assetto e indirizzo razionale che abbiamo dato a questo istituto, onde pareva che simile disposizione non avesse più ragione di essere. La legge stessa sembra stare in dubbio e vuole *che la contumacia sia regolarmente verificata*. Ma la stessa sentenza contumaciale non basterà a verificarla?

La tassa di registro sul valore della causa (che si paga sulla sentenza) non è dovuta da quello che, contumace, indi comparve, fece opposizione, o appellò e vinse. E ciò quantunque la tassa dovesse pagarsi e siasi pagata sulla sentenza contumaciale; o, in altri termini, quella tassa che tiene alla questione sostanziale e di merito, non si comprende fra le spese della contumacia, *in pœnam* della contumacia stessa, ma dipende dall'esito del giudizio.

Nell'articolo 216 dell'ultimo Codice sardo fu posto, e a mio avviso molto giustamente, che non dovesse il contumace pagare le spese della contumacia, *quando il giudizio contumaciale venisse annullato*. E s'intende non per il naturale effetto della opposizione, ma per vizi inerenti al giudizio medesimo. Quantunque la clausula non si trovi ripetuta, la ragione non esiste meno, e non è meno evidente.

CAPO II.

DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DAVANTI I TRIBUNALI CIVILI E LE CORTI DI APPELLO

Articolo 389.

Sono trattate col procedimento sommario:

1° Le domande per provvedimenti conservatorii o interinali;

2° Le cause in appello dalle sentenze dei pretori;

3° Le altre cause, per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa.

Annotazioni.

1. Il procedimento sommario ha la sua causa *nella qualità della controversia e nella qualità e indole della giurisdizione*. « Intorno a questa « distinzione dei procedimenti, motivata o « dalla natura della causa o dalla qualità delle « giurisdizioni davanti le quali sono portate « (dice il Rapporto ministeriale), è da notare « in generale che tutti i procedimenti stessi si « legano fra loro. in coerenza del concetto lo- « gico che il procedimento formale davanti i « tribunali civili e le Corti *è il procedimento* « *normale* cui conviene ricorrere ogni qual « volta manchino, negli altri procedimenti, di- « sposizioni speciali ».

Adotto io pure col PESCATORE la distinzione fondamentale *di giudizi sommarii e di procedimenti sommarii*. « Il giudizio sommario, « dice l'illustre autore, è quello che fin dal « suo primo inizio, cioè dall'atto di citazione « sino alla sentenza definitiva di tutta la cau- « sa, procede sommariamente perchè la que- « stione stessa viene dalla legge annoverata

« fra quelle da risolversi in via sommaria. Se « invece la questione principale sia tale da « trattarsi in giudizio ordinario, ove sorga « una questione accessoria da risolversi in via « sommaria, il giudizio principale non cessa di « essere ordinario e formale; solo vi s'innesta « un procedimento sommario per la soluzione « della questione incidente » (Codice di procedura civile, t. I, pag. 53).

Per altro nel sistema del Codice italiano, in ciò scostandosi non poco dagli altri, i cardini sui quali poggiano le categorie del procedimento *sono le stesse giurisdizioni*, il cui obbiettivo determina il modo normale dell'azione processuale; mentre vi sono come involte forme più semplici, stantechè nella giurisdizione più estesa si comprendono le facoltà minori, secondarie, aggettive direi, che possono rannodarsi e raggrupparsi intorno a una domanda principale; e sono già a grandi tratti delineate in questo articolo. La legge affigge a tali trattazioni ordinamenti più celeri e brevi; ed è ciò che si compiace di chiamare *procedimento sommario* in un giudizio ordinario. Una differenza però occorre notare fra le tre classi quivi enunciate: la prima e la terza non sono che *modificazioni* o *modi di essere del procedimento ordinario*, connaturale ai tribunali civili e alle Corti d'appello in quanto versa sopra soggetti accessorii o famulativi; la seconda non fa che trasportare nella sede d'appello il procedimento proprio dei giudizi pretoriali e minori, di cui conserva il carattere, e può dirsi un processo continuativo.

Il procedimento riceve qualità dalla giurisdizione porgendosi ad essa come l'atmosfera o l'ambito nel quale può svolgersi e in conformità del proprio fine attuare i suoi pronunciati, più largo e solenne ove si trattano affari più ponderosi ed ardui, e via restringendosi per imprimere alle determinazioni giudiziarie un moto più rapido: la quale base sarebbe men ferma e il principio sarebbe meno generale teoricamente parlando, e praticamente meno semplice, se gli ordini ideali del processo si deducessero principalmente dalle *materie*. Onde avveniva una specie di confusione negli altri codici, in cui la teoria *del procedimento sommario* provava sempre una certa difficoltà nel trasportarsi sul campo dell'applicazione; sia prova ulteriore di questo assunto, che gli stessi subbietti, pei quali si modifica il procedimento normale, non si trattano in ugual modo, per es., avanti il tribunale civile o avanti il tribunale di commercio, che avendo in tutto un costume di maggiore rapidità, nelle sue forme sommarie, si spinge ad un segno a cui mai, o solamente in casi urgentissimi, si arriva avanti il tribunale civile.

Articolo 390.

Nei procedimenti sommari la causa è iscritta sul ruolo di spedizione prima di essere portata all'udienza.

Nella stessa udienza i procuratori consegnano al cancelliere i mandati per originale o per copia, e gli atti di dichiarazione di residenza o di dichiarazione o elezione di domicilio delle parti, in conformità degli articoli 158, n° 2, e 159, n° 2, e si comunicano per copia le comparse conclusionali.

Il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; osservato nel resto il disposto del capoverso dell'articolo 349.

Finita la discussione, i procuratori devono consegnare tutti gli atti della causa al cancelliere, a norma dell'articolo 352; il cancelliere appone la sua firma immediatamente sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

Annotazioni.

Al 1° capoverso. — S'intende in quei procedimenti che sono sommarii in origine; trattandosi d'incidenti, la comunicazione delle comparse conclusionali è sempre necessaria.

Articolo 391.

Quantunque il giudizio sia cominciato con procedimento sommario, il tribunale o la corte può ordinare che sia proseguito in via formale, se così richiedano

la natura o le particolari condizioni della causa. Nel caso di consenso delle parti ciò può ordinarsi dal presidente.

La presente disposizione è applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali.

Annotazioni.

1. Il presidente del tribunale e della Corte *può autorizzare la citazione in via sommaria* (articolo 154). In quali casi, per quali titoli, non è prescritto: è una delle grandi facoltà di cui nel nostro sistema è investito il capo del collegio. Scorta luminosa avrà il presidente nell'articolo 363. Poichè le cause enumerate nel detto articolo hanno l'effetto di render suscettibili d'esecuzione provvisoria le sentenze che versano intorno a quelle, è facile dedurre che alcuno dei medesimi titoli presentandosi come oggetto del giudizio, il presidente sia ragionevolmente condotto ad ordinare il rito sommario. Ciò, dico, è molto ragionevole e credibile; non è però positivamente prescritto, nè necessario. La *eseguibilità* provvisoria del giudicato, al quale è condizione la esistenza di una delle cause presignate dall'articolo 368, *oggidì è compatibile eziandio col rito ordinario*, quantunque quasi sempre si accompagni al sommario: osservazione assai importante alla storia del presente sistema. Or bene, il presidente non ha che delle facoltà dall'articolo 154; *due facoltà distinte:* l'una, abbreviare il termine della citazione, l'altra, *autorizzare la citazione in via sommaria*, inviando *la causa a udienza fissa*, nella quale si potrà disputare sulla opportunità della trattazione sommaria. È da avvertire inoltre che in quella guisa che il tribunale o la Corte può, secondo questo articolo, intercidere la forma sommaria per dar luogo alla ordinaria, così può decretare la trattazione sommaria dal presidente non ordinata. Molto la legge nuova lascia alla facoltà del magistrato giusta le circostanze e gli eventi; il che quanto giovi alla libertà dei giudizi niuno è che non vegga, e si deve averne conto. Qualche volta è la stessa legge che ordina il procedimento sommario (art. 399, n° 3); e accade per lo più quando il metodo più lento e protratto disordinerebbe un sistema generale a cui la legge attacca una speciale importanza; e no sono esempi gli articoli 573, 665, 884, ecc.

Su questo spirito del nuovo Codice, spirito liberale, facile, condiscendente alla verità pratica e reale, io mi fermo volontieri, poichè esso Codice nol dice, non può dirlo se non disponendo, e lungamente sfugge all'osservazione.

Facoltà adunque piuttosto che precetti; di quanto si spoglia lo Stato per affidarlo alle mani abili e caute del magistrato di tanto la giustizia si avvantaggia nel vero concreto. Intorno a che è riflessibile e degno di nota l'ultimo avvertimento dell'articolo: — che la presente disposizione è applicabile, *anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali.*

2. La conversione del metodo ordinario in sommario in corso di causa, essendo libera nel giudice, non esclude verun motivo. Nondimeno si vuol registrare una specialità, avvisata dal CHAUVEAU: « Une affaire sommaire dans son « principe peut encore devenir ordinaire *par « les demandes incidentes que le défendeur peut « introduire lorsque ces demandes incidentes « sont elles-mêmes ordinaires:* on sent que pareille chose peut encore arriver en appel, « puisque le défendeur peut former en appel « une demande incidente pourvu qu'elle soit « la défense à la demande principale » (In CARRÉ, quest. 1470, ter). Tale sarebbe una domanda riconvenzionale originata dalla stessa domanda principale.

Articolo 392.

Nelle parti non espressamente regolate dal presente capo il procedimento sommario prende norma dalle disposizioni del capo precedente, per quanto siano applicabili.

Annotazioni.

È tanta e sì fuor dell'usato la parsimonia del Codice nel sistemare questo titolo del procedimento sommario, che convien ritenere che la massima parte del rito formale sia mantenuta. L'articolo finisce come deve osservarsi le disposizioni del Capo I, *in quanto siano applicabili;* ma stimo necessarie alcune indagini.

Digitized by Google

Costruzione del processo sommario.

1. Ogni processo può discernersi in momenti distinti: 1° nella sua introduzione e attitazione preliminare; 2° nella discussione; 3° nel giudizio; e può esser eziandio esaminato nei suoi svolgimenti probatorii, che tengono naturalmente proporzione colla indole generale del processo.

2. La citazione è segnata dal presidente a udienza fissa; e da questo primo atto la procedura si qualifica. L'articolo 390 indica il modo della costituzione dei procuratori, l'ordine della udienza e della discussione, la esibita alla udienza delle conclusioni; ed esclude ogni atto scritto, ogni conclusione anteriore alla udienza. Gli atti si comunicano alla stessa udienza, e passano al cancelliere, e quindi dalla cancelleria al tribunale se giudica prontamente.

3. I *documenti* non sono gli *atti*, quantunque nella formola — *consegna di tutti gli atti* — si comprendano benissimo anche i primi. Ma è d'uopo che i documenti siano conosciuti *hinc inde* prima della udienza per discuterne. Quindi avrà luogo la comunicazione dei documenti prima dell'udienza in cancelleria, almeno per copia, giusta l'articolo 167, e in un modo *congruo e sufficiente*, giusta l'articolo 169, se più sono i procuratori: preferisco questa espressione perchè non parmi prescritta a rigore la modalità. Gli originali non dovrebbero conseguarsi, non potendo più praticarsi, senza turbare il corso rapido del giudizio, i termini della restituzione (articoli 167, 168, 169).

4. *L'iscrizione della causa in ruolo di spedizione* dovrà notificarsi? Nell'art. 477 del Codice del 59 si diceva non occorrere; ma ora dovremo stare alla regola comune e dovrà notificarsi.

5. Il tempo del deliberare e pronunciare è regolato dall'art. 356.

6. *Le conclusioni si comunicano per copia* alla stessa udienza; nulla vieta che non possano depositarsi scritte e comunicarsi prima; nel qual caso potranno modificarsi all'atto dell'udienza *ove si prende la conclusione definitiva.*

7. E all'udienza pure si potranno presentare *nuovi documenti.*

8. Se i nuovi documenti siano di qualità che l'aspetto della questione venga a cangiarsi, la legge non lo dice, ma è certamente nella facoltà, e potrà essere anche nel dovere del giudice, *rinviare la causa ad altra udienza*, secondo la pratica anteriore che continua ad avere la sua ragione nell'equità. Credo non bisogni nuova iscrizione.

Sull'ordinamento delle prove.

Si era soliti veder tracciata una procedura compendiosa nel circolo di una più estesa; ma codesta separazione non aveva una base razionale. S'intende come la istruzione di una causa, in quanto si vengano in essa svolgendo e discutendo i mezzi e gli argomenti che dovranno indi raccogliersi nella discussione definitiva, possa richiedere più larghi termini e maggiore sviluppo in certi casi piuttosto che in certi altri. Ma perchè vi sarebbe un processo ordinario e un processo sommario per formare una prova? A che mai conduce questo sistema artificiale? O sarebbe troppo, o sarebbe poco; perchè se il processo più breve bastasse ad esplicare compiutamente e a dare matura e perfetta la prova per testimonii (prendendo questo esempio), a che dovrebbe impiegarsene uno più lungo? E se il processo più esteso è necessario, come potrebbe uno più angusto soddisfare alla verità che si ricerca? Qui non vi è nulla d'arbitrario; la stessa misura e quantità dei termini è soggetta alla critica della ragione: uno più lungo è superfluità dannosa; uno più corto è angustioso o insufficiente. Perciò sia lode al legislatore che ha tolta via la differenza di processo ordinario e sommario in ordine alla formazione della prova.

Parlando dell'esame dei testimonii, che è forse fra le prove che si costruiscono per mezzo del magistrato la più interessante o almeno la più complicata, che il suo ordinamento è così provveduto di modi facoltativi e di luogo (articolo 231) e di tempo (art. 232, 233, 246, ecc.), che il giudice, secondo la gravità dell'affare e le circostanze, può usarne senza che il legislatore venga misurandogli il passo e ponendogli il freno.

Ciò che diciamo di un genere di prova, diciamo degli altri; osservando l'ordito delle varie disposizioni che riguardano la prova giudiziale, vi troverete pratiche limitative e correttive affidate alla prudenza del magistrato che rendono ragione perchè non esista nel Codice un titolo a parte *sul procedimento sommario in fatto di prove.*

9. *Sulla notificazione delle sentenze.*

Si soleva portar distinzione fra le ordinanze d'istruttoria pronunciate in via sommaria e quelle in via formale; distinzione assurda: ora tutte le *ordinanze* a questo effetto si pareggiano (art. 367 e 368).

10. *Quando la causa sommaria è in istato di esser giudicata.*

Il carattere eminente della causa sommaria è la *oralità*. La causa sommaria si considera in istato di esser giudicata *quando la relazione*

all'udienza (del giudice o della parte) *sia cominciata* (art. 335).

11. *Della contumacia.*

Che il sistema della contumacia debba modificarsi in presenza del procedimento sommario, si comprende. Il Codice precedente ci lasciò qualche traccia che si raccoglie con un certo interesse, mentre il Codice italiano è muto del tutto. Diceva l'art. 483: « In tutte « le cause sommarie la dichiarazione di con« tumacia dev'essere chiesta all'udienza in cui « la causa è chiamata in spedizione. Se la sen« tenza non sarà pronunciata nella medesima « udienza, o la causa sarà rimandata ad altro « giorno, si terrà nota nel foglio d'udienza « della dichiarazione e dell'atto di contuma« cia ». È positivo che una delle parti non presentandosi alla udienza regolarmente rappresentata, come all'articolo 300, cade in contumacia. La contumacia, vuoi dell'attore o del convenuto, *non dovrà dichiararsi alla medesima udienza?* È sfuggita, io credo, quell'avvertenza al redattore del Codice ov'era la sua sede. Tuttavia provvede il regolamento nell'art. 230. « Nei giudizi a udienza fissa la parte « che vuol far dichiarare la contumacia del« l'altra, deve giustificare all'udienza d'avere « adempiute alle prescrizioni degli articoli 134 « 154 (l'autorizzazione della via sommaria) e « 390 del Codice di procedura. — Trascorsa « un'ora dall'apertura dell'udienza, l'usciere « chiama se vi sia chi rappresenti la parte non « comparsa; non essendovi chi risponda alla « chiamata, il tribunale dà atto alla parte com« parente della contumacia della parte con« traria, facendone constare dal processo di « udienza. » Verificata così la contumacia, non è più luogo all'articolo 383. Se non che nel caso del capoverso dell'art. 382 il tribunale ordinerà che siano nuovamente citati quelli che già non lo siano stati in *persona propria.*

12. Un'ultima e ponderosa conseguenza dalle cose discorse. Avendo il legislatore ben compreso il concetto, che il metodo più o meno misurato od affrettato, più presto che un'astratta idealità giuridica è un calcolo di utilità e di convenienza nell'interesse delle parti, ne segue che *qualvolta le parti stesse si accordino*, anche tacitamente e col fatto, *nell'uno o nell'altro metodo, ita jus esto:* come più volte ha avuto occasione di decidere la Corte suprema, facendone una questione di moralità e di verità. Ciò dico in termini abbastanza generali per non comprendervi quelle contingenze nelle quali si potessero dire veramente fuorviate le leggi fondamentali del procedimento, che sono d'ordine pubblico.

CAPO III.

DEL PROCEDIMENTO FORMALE DAVANTI I TRIBUNALI DI COMMERCIO

Articolo 393.

L'attore deve nell'atto di citazione eleggere domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona o dell'uffizio presso cui si fa l'elezione. Se l'attore abbia domicilio nel detto comune può invece dichiarare la casa in cui ha il domicilio stesso.

Prima che scada il termine stabilito dall'atto di citazione, l'attore deve depositare nella cancelleria i documenti prodotti in sostegno della domanda.

Articolo 394.

Entro giorni cinque successivi alla scadenza del termine della citazione il convenuto deve far notificare all'attore, nel domicilio da esso eletto o dichiarato in conformità dell'articolo precedente, la sua comparsa di risposta, con indicazione dei documenti prodotti, depositando nella cancelleria la copia dell'atto di citazione, e i documenti.

In questa comparsa il convenuto deve nello stesso modo eleggere o dichiarare il domicilio.

Annotazioni.

La mancanza dell'elezione del domicilio non porterebbe a nullità; ma si farebbe luogo all'applicazione dell'art. 396, capoverso, e per qualunque notificazione, anche della sentenza.

Articolo 395.

Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve nel giorno stabilito per la comparizione presentare al cancelliere il mandato, il quale può essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione.

Il cancelliere ne prende nota nel registro.

Articolo 396.

Tutte le notificazioni, comprese quelle della sentenza definitiva, si fanno al domicilio eletto o dichiarato.

In difetto di elezione o dichiarazione le notificazioni si possono fare al procuratore, e, quando manchi, alla cancelleria del tribunale.

Articolo 397.

Le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificare sono spedite dal cancelliere o dal procuratore. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — L'art. 617 del Codice di commercio francese respinge assolutamente l'intervento dei procuratori nelle cause commerciali. « Le ministère des avoués est in« terdit dans les tribunaux de commerce. » Nelle discussioni agitate avanti il Consiglio di Stato (Locre, tom. 20, pag. 9) era stato presentito un bisogno, che non tardò a manifestarsi in effetto, e si dimostra ogni giorno più: il bisogno che avrebbero le parti di farsi rappresentare in giudizio là dove si discutono affari della più grave importanza, e che, nella crescente ampiezza delle transazioni commerciali, racchiudono forse i più interessanti problemi del giure moderno. Fu posto da quei saggi il quesito, se non dovesse attribuirsi agli stessi tribunali di commercio un potere speciale di circondarsi, a così esprimermi, di una certa classe di uomini probi e istrutti nella materia, dal cui seno i contendenti potessero procacciarsi dei rappresentanti abili nelle contestazioni che avrebbero dovuto sostenere. È facile vedere che con ciò si attestava un uso già esistente in Francia; e siamo assicurati dagli storici di quel diritto giudiziario, che nei grandi centri specialmente, esistono simili confraternite o compagnie di agenti di affari che assumono la difesa delle cause di commercio, conosciuti sotto il nome di *agréés*, uomini che dividono felicemente la fiducia delle parti e quella del tribunale. Codesti *agréés* per altro non hanno il privilegio di aggradire a *tout le monde;* e la loro scelta essendo libera, ne avviene che sono talvolta non senza ragione posposti ad altri di maggiore capacità ed istruzione.

Malgrado il fiero interdetto del citato articolo 617 del Codice di commercio che contrastava a quei concetti preparatorii, il Codice di procedura non portava uno stretto divieto, ma diceva soltanto *che le procedure davanti i tribunali di commercio si fanno senza ministero di procuratore* (articolo 414). Poi nel 421: « Les « parties seront tenues de comparaître en « personne, ou *par le ministère d'un fondé de* « *pouvoir spécial* ». Singolare locuzione, quando per corrispondere al pensiero del legislatore avrebbe dovuto dirsi: *possono comparire in persona o col ministero di procuratore speciale.*

Più che mai allora prosperò la società degli *agréés*, potendosi assicurare che niun commerciante avrebbe voluto esporsi a difendere di persona la propria causa tostochè si compli-

Digitized by Google

casse in questioni di qualche difficoltà, richiedenti anche mediocremente il contributo della pratica e scienza legale. Tuttavia era giusto che simili agenti, comunque in certa guisa tabellati dallo stesso tribunale o camera di commercio, non si riconoscessero rivestiti di verun carattere pubblico, e si considerassero semplici e privati mandatarii.

2. *Legislazione italiana.*

Nel Codice sardo del 1854 e nel successivo si usò questa formola: *la procedura avanti i tribunali di commercio non richiede il ministero dei causidici.* Già negli art. 393 e 394 si era statuito all'attore ed al convenuto l'obbligo preliminare della elezione o dichiarazione del domicilio, e del ministero procuratorio non si fece motto; indi nel 395 fu data la facoltà *di comparire per mezzo di procuratore:* espressione notevole, altra cosa essendo il potere affidare le proprie difese ad un procuratore, ed altra *il comparire per mezzo suo*, che implica in certa guisa la scomparsa della parte medesima e l'*alter ego* del procuratore, eccettuati i casi in cui è ordinata la comparsa personale della parte che, essendo appunto disposizione speciale e non applicabile che a certe eventualità disegnate, denota che la parte non è più colla persona presente al giudizio.

Osserverò ancora, tracciando questa breve storia, che il Codice del 54 sembrava formare dei procuratori commerciali una categoria particolare per quanto si legge in quell'articolo 528, che più non si vide nel Codice seguente. Ed ora il ministero procuratorio è restituito alla sua dignità. Il procuratore è abile a ricevere le notificazioni, *compresa quella della sentenza definitiva*, e persino *può spedire le copie delle sentenze e delle ordinanze:* facendone cioè copia da se medesimo sottoscritta, che il cancelliere rivede e rende autentica. È ammesso in Francia che l'*agrèé*, quantunque fornito del più ampio mandato, non ha qualità per ricevere notificazioni, nè fare atti che spettino all'organismo processuale.

Il regolamento 14 dicembre 1865 ha fatto anche di meglio; ha esteso il significato della parola all'*avvocato*, apreudo degna palestra al suo valore: noi accettiamo la interpretazione del regolamento, e gli facciamo lode di una interpretazione che può sembrar coraggiosa, ma non punto lontana dallo spirito della legge. Di che è nato l'articolo 272 a troncare certe questioni spilorcie. « I tribunali di commercio possono ammettere nella liquidazione delle spese « gli onorarii dei procuratori, nella misura « loro attribuita presso i tribunali civili. — Possono anche, secondo la natura delle cause, « comprendere nella tassazione l'onorario dovuto all'avvocato per le conclusioni da essi « firmate e per le dispute. » E doveva essere semplicemente una *facoltà*, ad evitare gli abusi della difesa.

3. Potrà scegliersi dalla parte altro procuratore che non abbia il carattere ufficiale, un mandatario qualunque? Rispondo, no. Lasciando anche stare la espressione *di procuratore*, che usata nelle formole giudiziali equivale presso di noi a quello di *avoué*, è chiaro che a qualunque altro mandatario, che non fosse un procuratore legale, non potrebbero convenire le disposizioni degli articoli 396 e 397; oltreciò è per certo nella ragione della legge, vista la convenienza che in certi casi diventa necessità, di adoperare gli uomini della scienza ad illuminare i giudici e ben difendere gl'interessi delle parti, liberandosi dall'imbarazzo di rappresentanti inesperti ed impari a quell'ufficio (aggiungi articolo 156, capoverso).

Articolo 398.

I termini di giorni quindici stabiliti negli articoli 165, 174 e 176 sono ridotti a giorni cinque; quello di giorni otto stabilito dall'articolo 179 è ridotto a giorni tre; quello di giorni trenta stabilito dall'articolo 169 è ridotto a giorni dieci.

La pena comminata dall'articolo 176 è applicata alla parte, se non sia rappresentata da procuratore.

Annotazioni.

Coll'abbreviazione dei termini ci viene confermata l'osservanza degli ordinamenti. Quindi risposta e controrisposta (articolo 165); iscrizione in ruolo e nuove difese scritte (articolo 174); da ultimo le comparse conclusionali (articolo 176): il metodo insomma del consueto procedimento sommario, a termini più brevi. Rammento le prescrizioni dell'articolo 175 del regolamento *sulla estrazione della causa dal ruolo di spedizione*, quando *l'iscrizione rimase ferma.*

Articolo 399.

Il termine per comparire davanti il presidente o il giudice delegato, nei casi dell'articolo 185, è almeno di un giorno, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dello stesso articolo.

Articolo 400.

All'udienza in cui la causa è chiamata l'attore espone il fatto; il convenuto lo può rettificare; ciascuno legge le proprie conclusioni, e svolge le ragioni su cui sono fondate.

Le parti consegnano i loro atti al cancelliere, il quale appone la sua firma sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

Annotazioni.

L'udienza è fissata o dallo svolgersi del ruolo in cui è annunciata, o da decreto del presidente (articoli 181 e seg.).

L'articolo 228 del regolamento 14 dicembre 1865 si applica anche ai giudizi commerciali.

Articolo 401.

Il tribunale può sempre ordinare, anche d'uffizio, che le parti compariscano personalmente per essere sentite all'udienza, o in camera di consiglio, e, se vi è legittimo impedimento, può delegare un giudice, che fa compilare processo verbale delle dichiarazioni delle parti.

Annotazioni.

Della comparsa personale.

Ricorderò che l'antica legislazione francese non autorizzava i giudici a decretare la comparsa personale che nelle cause commerciali (CARRE all'articolo 119 del Codice di procedura francese). Nel Codice la disposizione fu generalizzata con quell'articolo, e non restò più dubbio che la facoltà non fosse comune a tutti i magistrati giudicanti e a tutte le cause. Fu sempre considerato *via* o *mezzo d'istruzione;* lo scopo, quello d'interrogare le parti sui fatti controversi e raccoglierne in quel confronto verità che sfuggirebbero a più larga maniera di ricerche; era una specie di esame fatto in pubblico, ove sembra non potersi mentire senza rossore, ove l'artificio stesso del mentire sembra interdetto sotto l'occhio scrutatore dei circostanti. L'interrogatorio *sur faits et articles* non aveva tanta pienezza e tanta efficacia; non era tenuto in udienza pubblica; non era tenuto alla presenza di tutto il consesso, ma del presidente o del giudice delegato; amendue le parti stavano a fronte; finalmente non era noto il soggetto dell'esame. Ad alcuni autori, fra i quali principalmente il BOITARD (all'articolo 119), parve codesto metodo tanto potente e decisivo, che non sapeva vedersi perchè l'interrogatorio *sur faits et articles* fosse stato mantenuto nel Codice.

Il legislatore italiano, seguendo in ciò le tradizioni piemontesi, limitò l'applicazione della comparsa personale ai tribunali di commercio, ai giudizi pretoriali e a quelli dei conciliatori; e diede al giudici l'alternativa facoltà d'intimarla all'udienza pubblica, o piuttosto in Camera di consiglio.

Se mi è lecito esprimere un'opinione, dirò che io non divido l'ammirazione un pochino esaltata di qualche illustre francese intorno a codesto istituto, quantunque io ne comprenda la verace utilità. Io mi pongo interamente nelle viste del nostro legislatore, che parmi abbia fatto insieme opera di sagacità e di prudenza, temperandone la portata, o si riguardi il genere degli affari o il modo d'esecuzione. V'è del vero nelle considerazioni del BOITARD, ma non può negarsi che trattisi di aspro cimento; di una pressione sulla libertà personale, che tiene del forzato e partecipa del penale: pochi di fatti saranno quegli onesti uomini che hanno una lite, i quali si prestino senza estrema ripugnanza a simile duello, sia

pure di parole, non senza aumento di reciproca irritazione, non senza scandalo, in presenza del pubblico. Perciò si è fatto bene ponendo ai più gravi e ponderosi affari tutt'altro fondamento che uno sfogo passionato e clamoroso. Meglio ancora si è fatto, che, qualora si trovi giovevole a risolvere certi viluppi di fatto *la comparsa personale*, si possa preferire la Camera di consiglio, ossia un'aula chiusa al pubblico, benchè presente l'intero tribunale.

Quando, come in penale, la giurisdizione non opera di proprio moto nell'interesse della libertà generale, conciossiachè in essa si contenga la libertà dei singoli; quando in controversie d'ordine privato l'esercizio della giurisdizione, per esser legittimo, dev'essere invocato, quel *jussus* del magistrato, quel comando che s'impone alle parti non richiesto e loro malgrado, ha qualcosa che ripugna all'odierna civiltà dei giudizi. Perchè l'atto del magistrato acquisti qualcosa di familiare e di paterno, e si renda per così dire amabile l'ufficio suo per essere efficace, è d'uopo entrare in una sfera di affari più semplici e quasi domestici, e direi finalmente più intimi, affinchè sia lecito al magistrato d'ingerirsi in certa guisa nella coscienza degli stessi litiganti. Siamo d'accordo che, se una delle parti provoca *la comparsa personale*, tutto rientra nel diritto, ed è un mezzo come un altro; giova nondimeno che l'uso sia moderato e non rimesso nell'assoluta balìa dei contendenti, per ogni causa, per ogni affare, per qualunque velleità che si abbia di rissare coll'avversario o far dello scandalo.

All'applicazione ed esecuzione di questa legge alcune norme possono stabilirsi:

1° *L'interrogatorio deve seguire in presenza di tutte le parti.* È questa la mia opinione; fu pure quella di Boitard: altri pensano diversamente. Pigeau (Codice di procedura civile, all'articolo 2, § *Comparition*), Chauveau, Thomine, ecc., stimano illimitato il potere dei giudici sia per intendere unitamente le parti, sia separatamente. Il testo francese non so quanto si presti alla singolarità dell'esame: « Si le jugement ordonne *la comparition des parties*..., e non dice altro. Le parole del nostro articolo favoriscono ancor meno simile interpretazione. Aggiungo che dove la legge ha voluto permetterne la facoltà, lo ha espressamente dichiarato (vedi all'articolo 808). Poi la ragione della legge, la quale mi pare evidente in questo che *nel confronto si cerchi la verità*. Deposizioni separate, ufficialmente imposte, hanno qualcosa d'inquisitivo che non appaga, e, nell'interesse delle parti, ora potrà parere una sorpresa, ed era un atto di favore;

2° *Il decreto della comparsa personale*, non avendo carattere *di pregiudizio* per veruna delle parti, *è da considerarsi preparatorio e inappellabile.* Così ritengono in generale gli scrittori francesi (Pigeau, *Introduction à la procédure*, pag. 21; Carré, quest. 501; Thomine, t. 1, pag. 235, ecc.);

3° *Non è vietata la presenza dei procuratori;* di fatti seguendo l'interrogatorio alla udienza pubblica non potrebb'essere vietato;

4° *Limite della facoltà dei giudici nello stato del processo e nella qualità delle prove ammissibili.*

Qual grado d'importanza può attribuirsi alla prova prodotta *da comparsa personale* in relazione all'ordine gerarchico delle prove che la legge civile determina? La risposta raccolta con questo mezzo è certamente inferiore alla efficacia *di una confessione giurata*; nè occorre dimostrarlo. Non avrà maggior forza *di un interrogatorio?* Neppure: perchè chi ha potuto acquistare un buon numero di sommario, una posizione vantaggiosa sopra l'avversario avendo ottenuto dichiarazioni o confessioni utili, ha diritto di mantenerla; il tribunale non può costringerlo a rispondere come si trattasse di cosa ancor vergine e nuova; se la risposta contraria fosse diretta a negare la confessione già fatta, non gli gioverebbe, e perciò non si deve tentare.

Ma l'ostacolo può sorgere dal processo in forza di prove d'altra natura. Si è fatto un esame di testimoni. L'esame è riuscito a me favorevole; ho prodotto un documento che mette in assai buon punto la mia difesa. Non può il tribunale, di suo capo, per illuminare la sua coscienza (che è una bellissima cosa, ma deve rispettarsi la legalità che è la custodia del diritto), non può voler demolire o recare imbarazzi alla posizione che mi sono acquistata. *Osta lo stato del processo.*

Per il principio inoltre che prove inutili e non profuture non si ammettono, e perchè l'ordine gerarchico delle prove deve invariabilmente osservarsi, il tribunale non potrà tentare delle confessioni verbali in quei casi in cui è necessaria la prova scritta, o dove si richiegga un certo genere di prova, trattandosi, per es., di falso; nel che le dichiarazioni verbali nulla giovano, ma si vogliono perizie, ecc.

Che se cotal saggio di prova non incontrasse ostacolo dallo stato del processo e dalla incompatibilità sua coi mezzi legali prescritti dalla legge in quel dato caso, potrebbe anche tro-

varsi inconcludente, vano e dannoso all'indirizzo che convien dare alla causa. Trattasi di stabilire il *dolo* e la *frode?* La legge esige che si propongano conclusioni specifiche, fatti concreti, presunzioni gravi. Niuno è tenuto a dibattersi contro sì odioso attacco, quando l'accusa non possa presentarsi in questo aspetto imponente. Che faranno i giudici intimando la comparsa personale: quali accuse vorranno formulare, a qual sorta di esame vorranno assoggettare il convenuto? S'ignora, e questo basta, perchè non si abbia ad usare e non si possa usare di questo mezzo.

Il CARRÉ, che in una sua ponderatissima consultazione ha considerato tutto questo (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 502 bis), ci lasciò una eccellente nozione *sulla comparsa personale* e sopra i suoi effetti. « Tous les auteurs « s'accordent (egli dice) pour l'indiquer: *la « comparution n'est ordonnée que dans les « seuls cas où la cause gît en fait, et ne peut « être décidée en pur point de droit.* Alors, « lorsqu'après les plaidoiries le magistrat é- « prouve quelque incertitude sur les faits que « l'une ou l'autre maintient, ou lorsqu'il lui « est démontré que des explications lui seront « nécessaires pour la décision de la cause, il « peut ordonner l'audition des deux parties, « ou de l'une d'elles. » (In questo per altro non conveniamo. *V.* sopra.)

5. *Qual è l'effetto del non obbedire all'invito del tribunale?* Un effetto semplicemente morale. « Si l'une des parties (disse il CARRÉ) ne « comparait pas, son défant doit la faire assi- « miler *à celui qui ne veut pas interrogatoire « sur faits et articles.* » La idea non è esatta, come osservò di poi il BONCENNE; attesochè non fu formulata alcuna proposizione, e non si sa in vero che mai l'assente avrebbe confessato o voluto confessare. È un saggio di prova svanito. Il giudice avrà potuto formarsene una impressione non buona: impressione che, trattandosi di convinzion morale, potrà convertirsi in argomento non privo di legale appoggio.

Articolo 402.

Quando si tratti di esaminare conti, scritture e registri, si procede alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti e conciliarle, se sia possibile, in difetto, di dare il loro parere.

Gli arbitri conciliatori sono nominati d'uffizio dal tribunale, se le parti non si accordino sulla scelta dei medesimi.

Annotazioni.

Gli *arbitri conciliatori* sono più dei periti, ma molto meno degli arbitri nel senso legale della parola. Nulla decidono: ma fanno ufficio di conciliatori, onde l'onorevole predicato, e devono render conto in apposito processo verbale dei loro tentativi; dopo che senz'altro passano a fare la loro operazione di periti.

Articolo 403.

La ricusazione degli arbitri conciliatori può essere fatta per gli stessi motivi, per cui si fa luogo alla ricusazione dei periti.

La ricusazione degli arbitri o dei periti deve proporsi entro giorni tre dalla notificazione della loro nomina.

Articolo 404.

Per la relazione degli arbitri e dei periti si osservano le norme stabilite dagli articoli 264 e seguenti.

Annotazioni.

Se il tribunale nominasse gli arbitri conciliatori, dato che dentro un termine fissato non avesse luogo la nomina consensuale, il termine della ricusazione decorre sempre *dai tre giorni dalla nomina?* Io così credo.

Poichè, tolto l'incarico di tentare la conciliazione fra le parti, gli arbitri conciliatori sono veri periti, niuna disposizione che riguarda i periti in genere è ad essi inapplicabile.

Articolo 405.

Quando sia ordinata la presentazione di libri, questa si fa all'udienza del tribunale, o davanti il giudice delegato, e il cancelliere ne estrae ciò che riguarda la controversia.

Se i libri non si trovino nel comune in cui siede il tribunale, può essere richiesto il tribunale di commercio del luogo in cui i libri si trovano, o delegato il pretore, perchè proceda agli atti occorrenti, e ne faccia risultare con processo verbale.

Annotazioni.

L'articolo 25 del Codice di commercio prescrive doversi ordinare d'ufficio *la comunicazione dei libri, inventarii, lettere e telegrammi*, esclusivamente però in affari *di successioni, di società, di fallimenti e di comunione di beni.*

La comunicazione dei libri è diversa dalla *presentazione* o *esibizione.* « La comunicazione « (dice Rogron) è la esibizione dei libri alle « parti interessate per esser ispezionati e mi« nutamente esaminati. » Ha la sua ragione nella comproprietà; segue poi l'articolo 26, che parla della semplice esibizione, allo scopo di estrarre quelle parti su cui cade la controversia. « Nel caso di una controversia, benchè « non relativa agli oggetti indicati nell'articolo « precedente, il giudice può ordinare ad « istanza di una delle parti, o anche d'ufficio, « la esibizione dei libri per estrarne soltanto « ciò che riguarda la controversia. »

Il presente articolo 405 è in relazione coll'ultima disposizione, e non parla *della comunicazione.* Per altro nel capoverso dell'articolo 25 del suddetto Codice di commercio è stabilito: « La comunicazione ha luogo nel « modo concordato fra le parti; *in mancanza* « *d'accordo, mediante deposito nella cancel-* « *leria dell'autorità giudiziaria* ».

L'articolo 405 ha dunque bisogno di completarsi coll'articolo 25 del Codice di commercio, poichè il tribunale può ordinare non solo la *presentazione dei libri*, ma altresì la *comunicazione*, nel qual caso il primo non può applicarsi alle lettere.

La *esibizione* è momentanea; è un vero deposito che si eseguisce in mano dell'ufficiale pubblico che fa l'*estratto* della parte necessaria, *quella che riguarda la controversia:* è ingiunta dal tribunale, e di solito dal *giudice delegato.* La parte contraria non ha diritto di metter gli occhi sul libro e di esaminarlo.

È noto che i libri di commercio *possono far prova a favore* de' suoi tenutarii; più spesso fanno prova *contro di essi* (art. 22 e 23 del Codice di commercio). Quindi la posizione del commerciante può essere *attiva* o *passiva* in questo affare: nella prima ipotesi non si tratterà che di *esibizione*, in quanto gioverà all'esibente che, nel modo più autentico possibile, quale è quello della cancelleria, chiede si faccia l'estratto della partita che gl'interessa.

Diciamo una parola sul *capoverso.* Esso suppone che il tribunale abbia decretato la esibizione dei libri; suppone che il commerciante che dovrà esibirli abbia sede fuori del Comune. Allora è fatta abilità ad esso commerciante di esibire i libri al tribunale di commercio del proprio Comune. A questo effetto quel tribunale *si richiede* (*rogatur*) a riceverli e fare le operazioni occorrenti, cioè l'*estratto*, per cui il tribunale rogante gli darà la norma opportuna.

Se i libri non si presentano, il giudice delegato non avrà che a fare il suo rapporto al tribunale. Provvede l'articolo 27 del Codice di commercio, che può avere, secondo i casi, applicazioni estensive ed analoghe.

Articolo 406.

Quando sia impugnato come falso un documento, il presidente lo trasmette, dopo di averlo sottoscritto, al procuratore del Re presso il tribunale civile, e rimette le parti a udienza fissa davanti lo stesso tribunale, perchè sia provveduto sull'incidente di falso.

Annotazioni.

1. L'articolo 406 è una limitazione, ma è la sola limitazione che si trovi scritta nella procedura alla giurisdizione commerciale. Se noi ci poniamo ad esaminare un'altra legislazione

anche più recente, vi leggiamo schierate le facoltà di questo tribunale, che alcuni continuano a chiamare eccezionale (*) (Codice di commercio, art. 723), e ben poche limitazioni (art. 724, 725). Vi si scorge ciò che può fare, e non quello che non può fare, la giurisdizione commerciale. Ed è ragione, mentre viene da sè che quello che non è compreso nelle facoltà di una magistratura preposta a una determinata materia, non appartenga al compito suo.

I.

Estensione della competenza attributiva.

Ma quando si è detto tutto questo, si è detto assai poco. Resta la scienza che esaminando l'indole della istituzione, in confronto delle altre funzioni della legge civile, vede ondeggiare, a dir così, fra le une e le altre dei subbietti giudiziarii che il diritto positivo non ha potuto fissare. Sono altrettante questioni di giurisdizione che vengono fuori nei dibattimenti della pratica, la quale porta di consueto la fiaccola avanti la teoria. Sono altrettante questioni di giurisdizione che la pratica viene disegnando secondo le varie eventualità; la dottrina vi ha recate le sue osservazioni, ma, se mal non m'appongo, si desidera ancora alla teoria un criterio regolatore.

Non posso arrestarmi alla sola questione di procedura. Essa si collega con quella che riguarda in genere la giurisdizione dei tribunali di commercio. *Quali sono le facoltà dei giudici di commercio in ordine alle controversie di carattere propriamente civile che si frammischiano in quelle di loro competenza?* Io suppongo che tali controversie, proposte in via di azione, non sarebbero punto di competenza del tribunale di commercio; ma quando si presentano quali *eccezioni* o *argomenti e mezzi di cognizione*, più o meno necessarii a conoscere una questione principale indubbiamente di sua competenza, siano o no formolate in domande incidenti, è allora che s'incontra la difficoltà.

Il principio *cui jurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest* deve tenersi fermo sino al punto in cui la istituzione stessa non venga trasportata fuori della sfera di attività che le è propria.

In generale parlando, allorchè l'oggetto del giudizio è commerciale, quel sommo bisogno della civiltà per cui la giurisdizione commerciale ha ragione di esistenza, è molto meglio soddisfatto dalla sua ampiezza e pienezza che da qualunque altra considerazione d'ordine pubblico che tendesse a limitarla; quindi si nota un progressivo inchinarsi delle idee e della giurisprudenza verso una certa emancipazione, se mi è permesso dir così, della competenza commerciale, i cui limiti omai possono fissarsi in brevi formole.

Le limitazioni scritte riguardano: 1° quei subbietti che per lievi mutazioni si distinguono e facilmente potrebbero confondersi, per cui la legge si affretta a tirare una linea di separazione (art. 724, 725 del Codice di commercio); 2° quelle controversie di carattere puramente civile che si vogliono totalmente sottratte alla giurisdizione commerciale; eccettuate espressamente sono le *controversie ereditarie* (art. 723, capoverso); 3° quei procedimenti complicati e difficili che per forma e per iscopo si trovano disconvenire: è il caso del presente articolo 406.

Le limitazioni imperative, categoriche, assolute sono queste. Fuori e al di là di esse stanno tutte quante le materie non espressamente affidate alla giurisdizione commerciale; ma noi abbiamo detto al cominciar di questa nota, che non ci occupiamo che delle questioni subalterne che s'intromettono in una causa di competenza del tribunale di commercio.

E dalle stesse limitazioni parrebbe potersi argomentare che il tribunale di commercio può assimilarsi, per così esprimermi, qualunque altra materia, che di sua natura appartenga al Codice civile, all'effetto di adempiere ampiamente e senza impedimento al proprio fine.

Niuno certo vorrà sottoscrivere a tanta esagerazione: ma meditando sull'argomento, ognuno dovrà convincersi, che la giurisdizione commerciale trova il limite della sua azione soltanto là dove, immergendosi in questioni troppo ardue e lunghe, distraendosi in ricerche troppo diverse dal suo istituto, dovrebbe

(*) Noi non abbiamo e non possiamo avere *tribunali eccezionali*; sono tribunali eccezionali quelli che limitano il foro alla persona, *contemplazione persona*, come si direbbe, la ecclesiastica; onde foro eccezionale vale *privilegiato*, e *privilegiata* la persona che ne gode, come una volta i pupilli, le vedove, i nobili, ecc. Il tribunale militare non è eccezionale, perchè il militare non vi è tratto come tale e perchè tale, ma in contemplazione della materia ed oggetto che spetta alle cose militari. La giurisdizione si divide per materie, non per una necessità *ideale*, ma piuttosto per la necessità *reale* ed effettiva di distribuirne l'esercizio a pubblica o generale comodità. Anche il tribunale di commercio è caratterizzato dalla *realtà*, dall'oggetto, dal fine che si conserta col fine generale di ogni giurisdizione e con tutto il sistema; anche laddove la giurisdizione commerciale *oritur ex persona* del commerciante, è sempre in ragione del negozio che *si presume aver contratto*, attesa l'abitudine di tali affari; ma cessa come si conosca ch'egli ha trattato un affare non commerciale.

mancare al proprio scopo, far difetto alla semplicità, alla prontezza, alla energia di risultato che da essa si richiede.

Voglio dedurne, che la cognizione di materie e fatti civili in quanto occorre per far ragione dell'oggetto commerciale proposto al tribunale di commercio *non gli sfugge per causa d'incompetenza*, ma talvolta esso deve astenersene, quando cioè *per assumerne una cognizione piena e approfondita* dovrebbe di troppo scostarsi dal proprio e naturale indirizzo.

Con siffatto criterio ragionando, non è neppure a dubitare, che il tribunale di commercio non abbia a conoscere delle questioni che riguardano la validità o nullità degli atti della procedura; delle qualità o condizioni, anco personali, necessarie all'esercizio della sua giurisdizione (PARDESSUS, *Cours de droit comm.*, part. VII, tit. II; DESPRÉAUX, *De la juridiction commerciale*, lib. I, § 1 e 2). Rispetto *ai mezzi* detti *di fondo*, si può stabilire in genere che il giudice commerciale conosce dei fatti non aventi propriamente carattere commerciale: apprezza il valore intrinseco del titolo vuoi della domanda o della difesa; se l'atto sia valido in sè, ovvero annullabile per causa illecita, per difetto di consenso, e la sua critica si estende eziandio agli atti autentici e notarili. Il tribunale di commercio conosce se l'atto, il documento della causa, la girata, per esempio, sia, come si pretende, infetta di frode o dolo; se sia vera la eccezione di liberalità che il debitore allega, supponendo di essere stato assolto per via di donazione; conosce dell'autenticità dell'atto di donazione, della sua legalità (DESPRÉAUX, luoghi citati). Non intendo che dare dei cenni e tracciare qualche esempio, sempre a fermare la massima che il tribunale di commercio *conosce dei mezzi della causa*, qualunque siano, *meno i casi eccettuati dalla legge*.

Vero è però che il tribunale di commercio non formola decisioni sui fatti civili (*non ut de iis pronuntiet*); non pone in un capo della sua sentenza che la donazione è nulla per difetto di omologazione: *non decide*, *ma ragiona;* e ragionando mostra ch'essa non perde di vista il proprio oggetto, che è l'esistenza o non esistenza di una operazione o di un debito commerciale; che il suo non è che un discorso razionale, una dimostrazione e non una decisione, per cui il suo giudizio non formerà cosa giudicata che semplicemente dall'*oggetto deciso*.

Il tribunale di commercio giudica delle istanze riconvenzionali; ma essendo che le istanze riconvenzionali *non sono mezzi correlativi e dimostrativi* dell'oggetto principale, conviene siano comprese negli ordini della sua competenza. Se la *domanda in garanzia* non è di competenza dello stesso tribunale, o per la causa o per la persona, deve rimandarsi; se i crediti che si oppongono in compensazione non siano commerciali, deve giudicarsi la istanza principale, e riservare all'eccipiente le sue azioni (PARDESSUS, *De la compétence d'attribution*, n° 1350).

II.

Restrizione della competenza attributiva.

Porterò qui un passo importante del DESPRÉAUX. « Il est des difficultés qui, *malgré* « *qu'elles s'élèvent incidemment*, ne peuvent « être résolues par le tribunal, soit à cause « de la longueur d'une instruction qui enle- « verait trop de temps aux juges-consulaires, « soit à cause de l'importance des questions « et des suites graves qu'elles pourraient avoir « quant à l'ordre public. Ceci s'applique 1° aux « questions de qualité touchant l'état civile ou « politique; 2° aux dénégation d'écriture; « 3° aux questions sur l'exécutions des juge- « ments » (Liv. I, sect. II, n° 519).

È anche vero ciò che dice DESPRÉAUX; colla parsimonia di studii e di ricerche che deve servarsi in quanto non si attiene all'argomento commerciale, devesi altresì avere in rispetto una certa esigenza d'ordine, che io mi limiterò a chiamar generale, acciocchè il giudice commerciale, spaziando largamente nei campi della legge civile, non sembri trasmodare dalle proprie limitate attribuzioni. Sapere sin dove si può spingere e dove arrestarsi nelle sue ricerche, è un compito ben grave del tribunale di commercio.

Ci sono invero delle distinzioni che colpiscono e sembrano segnare dei confini inviolabili. Tocchiamone alcune. Le qualità meramente civili si differenziano al certo dalle qualità naturali o politiche di una persona. Lo stato di famiglia, lo stato di cittadino, come potrà essere materia della giurisdizione commerciale? È stabilito lo stato di assente? Esiste curatela legittima e regolare dell'assente? Lasciamo le questioni di diritto personale; veniamo al diritto delle cose. Fingiamo una controversia di pura e schietta ragione commerciale, ma dipendente da soluzioni intermedie gravi e difficili d'ordine civile. Se le dieci cambiali che si portano al giudizio commerciale siano di proprietà del signor *A*, deve decidersi coll'istrumento di divisione avvenuta fra lo stesso *A* ed i suoi fratelli, contro il quale istrumento si sollevano serie eccezioni di dolo,

Digitized by Google

colo 381, di avere cioè costituito procuratore. Dal lato del convenuto, la contumacia si verifica sempre coll'assenza della stessa parte. Supponendo che la parte attrice o convenuta abbia mostrato animo di esser rappresentata da un procuratore, ma la costituzione di esso sia rimasta irregolare e imperfetta, non vi è mai contumacia, poichè si ritiene sempre la parte come presente, quando l'attore stesso in persona o il convennto compariscano all'udienza. Quindi la riserva dell'articolo 381 non può intendersi che rispetto alla sua ultima parte.

2. Se si riscontri che il convenuto non fu citato *in persona propria*, deve ordinarsi il rinnovamento della citazione, anche per gli effetti del capoverso dell'articolo 382.

Articolo 408.

La parte che fa notificare la sentenza contumaciale, se non ha domicilio nel comune in cui ha luogo la notificazione, deve sotto pena di nullità eleggervi domicilio, indicando la persona o l'uffizio presso cui lo elegge.

Se vi abbia domicilio, deve farne la dichiarazione a norma dell'articolo 393.

Annotazioni.

La sentenza contumaciale può contenere decisione di merito (articolo 384). Tali, o sentenze o provvedimenti, *si notificano personalmente al contumace da un usciere destinato* (385). Dacchè nell'articolo 393 era cauto che l'attore *deve elegger domicilio nel Comune*, la ingiunzione di questo articolo parrebbe superflua, se non fosse che la disposizione dell'articolo 393, come già avvertii, non ha sanzione di nullità, e soltanto espone l'inosservante a certe dannose conseguenze. L'oggetto della disposizione è di fornire comodità al contumace di comparire e di notificare suoi atti alla parte contraria.

Articolo 409.

Le sentenze sia in contraddittorio sia in contumacia possono in ogni caso, sull'istanza della parte, essere dichiarate provvisoriamente esecutive, non ostante opposizione o appello, con cauzione o senza.

Articolo 410.

Il procedimento formale, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, per quanto siano applicabili.

Annotazioni.

La forma del processo è talmente diversa da quella descritta nel capo I, che ben poche di quelle disposizioni saranno applicabili se ne togli il processo delle prove. Applicabile è il rito degli incidenti (articolo 181 e seg.), che ha carattere di generalità. Applicabili gli ordinamenti fondamentali della sezione II e III, delle sezioni VI, VII, IX, X, meno alcune restrizioni; fra le altre rimane esclusa la disposizione del n° 5 dell'articolo 360.

CAPO IV.

DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DAVANTI I TRIBUNALI DI COMMERCIO

Articolo 411.

Davanti i tribunali di commercio il procedimento sommario si osserva soltanto nelle cause indicate nell'articolo 389.

Annotazioni.

Richiamati anche una volta all'articolo 389, non abbiamo che due cose a ricordare: 1° che il tribunale di commercio è giudice d'appello nelle cause dei pretori, inferiori a lire 1500 (art. 84, n° 1); 2° che trattandosi di *controversie che riguardino lettere di cambio o biglietti all'ordine o equipaggi, viveri, attrezzi*, ecc. (*V.* articolo 148 in fine), *la citazione può farsi in via sommaria*, e allora il termine sarà di *due giorni*, di *tre*, di *quattro*, secondo la scala dell'art. 147. A questo aggiungete la disposizione dell'art. 154, parte seconda.

Articolo 412.

Nel procedimento sommario il convenuto deve fare all'udienza la elezione o dichiarazione di domicilio, di cui nell'articolo 394.

Nella stessa udienza le parti devono comunicarsi le comparse conclusionali.

Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve presentare il mandato, di cui nell'articolo 395, al cancelliere, il quale ne prende nota nel foglio d'udienza.

Annotazioni.

La elezione o *dichiarazione di domicilio* non suol farsi in iscritto, ma all'atto delle udienze si consegna al cancelliere; le comparse, secondo l'articolo, sono scritte e si scambiano alla stessa udienza. Le conclusioni potranno anche prendersi a voce, e se ne inserirà il tenore nel verbale d'udienza, dovendo poi risultare dalla sentenza per gli effetti dell'art. 360, n° 4.

Articolo 413.

Quantunque il giudizio sia cominciato col procedimento sommario, il tribunale può ordinare che si prosegua in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa.

Articolo 414.

Il procedimento sommario, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente e dal capo II di questo titolo, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

In che consiste il procedimento sommario avanti i tribunali di commercio? S'intende che esso dev'essere un compendio del compendio; imperocchè fra le quattro forme conosciute,

Digitized by Google

l'ultima deve parere poco meno che un estratto delle altre. Ma si può dire che la sua differenza consiste totalmente nella disposizione precedente. Termine della citazione relativamente breve, che si può oltre abbreviare per l'art. 154, capoverso: soppressione di quello dei cinque giorni, proposto dall'articolo 394. Appresso, ogni altro regolamento del capo III deve ricevere applicazione.

CAPO V.

DEL PROCEDIMENTO DAVANTI I PRETORI

OSSERVAZIONI GENERALI

Questa benefica magistratura, largamente distribuita sulla superficie del regno, è destinata, insieme alle altre che hanno esercizio anche più limitato, a spargere nei centri minori della società il sentimento del diritto e della giustizia, provvedere ai più instanti bisogni della vita civile, ai bisogni del povero segnatamente; presente in ogni punto, porgersi soccorrevole e pronta all'invito, sollecita nel tempo stesso di togliere, se è possibile, l'afflizione del litigio a chi manca tante volte del necessario, e di ricondurre la pace nelle famiglie. Non è nuova fra noi la pia associazione, la chiamerò così, dell'ufficio di giudice con quello di pacificatore e conciliatore. Del resto per corrispondere allo scopo della istituzione si richiede un processo semplice, breve, ordinato; il legislatore lo ha sentito riunendo le disposizioni troppo diffuse in questo capitolo; vedremo or ora in chiose succinte come l'effetto abbia corrisposto alla intenzione.

SEZIONE I.

Dell'Istruzione della causa.

Articolo 415.

L'attore deve all'udienza stabilita esporre o presentare al pretore la sua domanda coi documenti sui quali si fonda, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio, in conformità del n° 5 dell'articolo 134, se non l'abbia fatto nell'atto di citazione.

Il convenuto deve alla stessa udienza dare la sua risposta oralmente o per iscritto, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio nel modo prescritto per l'attore.

Il pretore può concedere una proroga al convenuto per dare la risposta, o per produrre documenti.

Annotazioni.

1. Al rito della citazione è stato già provveduto nell'articolo 135. Se il valore della causa non eccede le cento lire è ordinata la citazione economica *per biglietto*. Il termine è segnato dall'articolo 147; e può subire, secondo le circostanze, ulteriore abbreviazione per l'articolo 154.

Si notò a suo luogo che la citazione per biglietto non differisce nella sostanza dalla citazione ordinaria. Un cospicuo scrittore ha

detto (*Commentario del Codice sardo*, vol. 1, part. II. n° 37) che *non esistono nullità assolute nelle citazioni presso i giudici di mandamento:* parmi però ch'egli stesso non abbia insistito nella sua tesi, mentre più avanti, al n° 49, insegna che *il giudice stesso può rilevar d'ufficio la nullità della citazione.* Con autorità tolte dalla giurisprudenza piemontese egli stabiliva che il giudice può e deve rilevarla di ufficio (come nella contumacia).

Non introduciamo novità per conto dei giudici inferiori. La citazione dicono essere di diritto umano e divino; noi diremo di diritto naturale. Non si può esser citato di più o di meno: si dev'esserlo quanto basta alla difesa: la legge ha già fissati i suoi principii sulla validità o nullità degli atti di citazione: essi valgono per qualunque magistratura in fatto di giurisdizione contenziosa.

2. Questione. — *Sulla comparsa spontanea e volontaria delle parti senza citazione. La comparsa spontanea e volontaria delle parti*, altra volta sostenuta da una speciale disposizione di legge rispetto ai giudici inferiori, mancò di tale appoggio dall'articolo 54 in poi del Codice sardo del 1854, come ora vedremo. L'articolo 7 del Codice di procedura francese l'ammette espressamente e largamente. Due derogazioni alla legge comune si ravvisano in questo sistema. *Si deroga alla citazione* e alle sue forme, e vi si sostituisce il contratto giudiziale. *Si proroga la giurisdizione* rimettendola nel totale arbitrio delle parti che possono comparire spontaneamente avanti un giudice del grado di un giudice di pace, di un pretore o simile, in qualunque punto del territorio dello Stato, eccettuata la incompetenza per ragione di materia o valore. Il sistema francese e il siciliano si spingeva più avanti. Il giudice di pace poteva sentenziare, per volontà delle parti, *inappellabilmente.* Era una specie di arbitrato o compromesso giudiziale in tutto il rigore della parola.

Nell'ultimo Codice sardo non ne fu motto. Nell'attuale ecco ritornare l'idea e sembra con nuovo vigore, venendo a prender luogo nella rubrica intitolata *Delle disposizioni generali* (articolo 37).

Ogni domanda, dice l'articolo 37, *è proposta con atto di citazione*, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o LE PARTI COMPARISCANO VOLONTARIAMENTE, *osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento.*

Debbo richiamare le brevi osservazioni da me fatte a quell'articolo e il brano della Relazione del ministro PISANELLI, che ci fa conoscere due cose: 1ª che in realtà quella idea è ricomparsa di fermo proposito nella nuova legislazione; 2ª che il suo effetto però è limitato. *Non dispensa che dalla notificazione per atto di usciere.*

Il pensiero dell'illustre Ministro potrebbe dirsi quello della legge, e io lo vengo di tratto in tratto rammentando come il miglior appoggio che si possa desiderare alla nostra interpretazione. Ma o talvolta il testo sia uscito non esattamente conforme al progetto, o nuovi sensi e modi d'interpretazione scaturiscano dal medesimo testo, la giurisprudenza potrebbe anche scostarsi da quella dichiarazione autorevole.

Io diedi allora un fuggevole cenno, riserbandomi di parlarne meno astrattamente sorgendo il caso dell'applicazione.

E credo sia venuto il caso, standomi nell'animo che il concetto dell'articolo 37 non sia propriamente generale, come sembra risultare dalla sua espressione: che non possa conseguire la sua effettuazione se non avanti i giudici inferiori.

Come fu già da altri scrittori osservato, *la mutazione che si porterebbe sugli ordini comuni della giurisdizione da codesto metodo non sarebbe sostanziale.* La comparsa di amendue le parti, già concordate nella questione da decidersi, surrogherebbe la citazione; il reciproco assenso, *il quasi contratto giudiziale* non farebbe desiderare un atto di citazione che si direbbe inutile. Quanto alla giurisdizione, se noi due che abbiamo una questione di 300 lire, trovandoci per caso in viaggio, in un paese lontano dal nostro, cadiamo d'accordo di farla decidere dal primo giusdicente che ci capita, noi improvvisiamo altresì la giurisdizione, ma nulla si oppone a ciò quando non vi sia ostacolo di materia o valore, come già si disse. Io sostengo che tu devi essere espulso dal quartiere che io ti ho locato, essendo cessato il termine della locazione, o in pena di non aver pagato nel tempo convenuto; tu sostieni il contrario. Messa in chiaro avanti il giudice la contestazione nostra, e fattone un verbale, che importa se sia corsa o no una citazione? E l'ordine normale della giurisdizione sarebbe forse profondamente cangiato? Niente affatto. Non si tratterebbe che di variare l'ordine della *competenza territoriale:* e sappiamo che in ciò le parti sono libere, usano di una facoltà legittima (*V.* ANNOT. all'art. 90 e seg.).

Queste o simili considerazioni devono aver indotto il legislatore a restituire ai litiganti quella non dannosa libertà che il silenzio del Codice intermedio rese per lo meno assai dubbia.

Ma l'articolo 37, malgrado la generalità della sua espressione, avrà tale portata che si estenda a tutti i tribunali, a tutte le Corti, a tutte insomma le autorità giudiziarie?

Ecco la seconda parte del quesito che io credo dover risolvere, dicendo che *non può oltrepassare la sfera dei tribunali inferiori.*

Citatio, prima pars judicii dicitur (*Institut. de pœna temer. litig.*). Lo stesso art. 37 comincia: *ogni domanda è proposta con atto di citazione.* Indi segue la limitazione; ma la citazione dovrà sempre ritenersi necessaria nei giudizi formali. Non si può concepire in qual modo *la comparsa spontanea delle parti potesse supplire all'assoluta mancanza della citazione.* Non si può concepire come il rito formale, che comincia dalla costituzione del procuratore sull'atto di citazione, potesse svolgersi senza la citazione. Le appellazioni, i passaggi della lite di grado in grado, mancherebbero della loro base. La pretesa, e dagli ignari vantata semplicità dei giudizi, non è che la confusione e il disordine: la semplicità è l'ordine. Troppe osservazioni si potrebbero fare; dico troppe, perchè la evidenza parla da sè.

Perchè l'articolo 37 non sia stato inutilmente scritto, e niuno osi asserire che una regola che campeggia fra le generali, e quindi destinate alle più vaste applicazioni, non sia che una vanità e una chimera, noi, che ne affrontiamo primi la interpretazione, riteniamo che una reminiscenza della procedura o francese o napolitana o sarda abbia pertanto riprodotta una disposizione che forse nei giudizi più semplici e di minor conto ha fatto buona prova. Dico nei giudizi più semplici, in affari minuti e correnti, nelle azioni personali e mobiliari di tenue somma; poichè, secondo questa teoria, deve ritenersi implicita nell'art. 37 la condizione o riserva, *in quanto sia compatibile colla qualità del giudizio;* e certamente non è disposizione compatibile colla qualità, forma e sviluppo dei giudizi formali, *ma può esserlo avanti i pretori e giudici conciliatori*, come appunto avvisarono altre e non lontane legislazioni; e in questo vogliamo restringere la intelligenza di quella parte dell'art. 37 (*).

Raccomandiamo ai pretori e ai giudici conciliatori l'avvertenza di CARRÉ, che si è data in nota, senza cui il giudizio sarebbe informe, mostruoso, e non avrebbe principio d'esistenza.

Onde poi si abbia cura di tenere in termini ristretti la pericolosa elasticità di quella legge, rammento le moltiplici quistioni intorno al citato art. 7, non ancora irrevocabilmente decise, come si è espresso il CHAUVEAU ragionando intorno a quello, sull'arbitrio che avrebbero le parti di prorogare la competenza del *giudice di pace* (del quale solo si parla) oltre i suoi termini naturali; questioni che non si dovranno riprodurre fra noi, poichè il più semplice buon senso giuridico, lontano dalla esagerazione di una libertà che ci condurrebbe all'anarchia, deve consigliarci a non permettere che si ecceda la ragione di competenza di materia o valore determinata dalla legge, fermando la mente in questo, che *la comparsa volontaria delle parti potrà tener luogo di citazione*; ma non contenere domande superiori a quelle che la citazione stessa potrebbe proporre alla competenza pretoriale.

Articolo 416.

Le dichiarazioni di residenza, e le elezioni o dichiarazioni di domicilio, le domande e le difese proposte oralmente sono riferite sommariamente nel processo verbale della causa, il quale è sottoscritto dal pretore e dal cancelliere, previa lettura alle parti.

Quando le domande o le difese siano proposte per iscritto, questo si presenta per doppio originale. Il pretore appone la sua firma sugli originali, e uno di essi

(*) Ho detto superiormente che, a fronte di un testo così espresso, non potrebbe ammettersi la spiegazione data dal Rapporto ministeriale, che cioè non si tratti della *mancanza della citazione*, ma *solo della notificazione.* Che i francesi, primi autori di questa legge, abbiano sempre inteso della propria e vera mancanza della citazione, basti questo passo del CARRÉ: « Si la « comparition en justice de paix a presque toujours « lieu en exécution d'une citation notifiée, *un tel acte « n'est pas absolument nécessaire pour introduire l'oc- « tion. Il devient inutile et frustatoire* dès lors que les « deux parties se présentent simultanement au juge et « lui attestent qu'elles consentent à lui soumettre leurs « contestations; mais, en ce cas, il faut *que le juge ou « son greffier reçoive* sur le champ, *et par écrit*, cette « déclaration, *qui remplace en quelque sorte la citation*, « et dans laquelle, par conséquent, il convient d'insérer « *la date du jour où elle est reçue, les noms, profes- « sions et domicile « des deux parties, l'énonciation « sommaire de l'objet et des moyens de la demande* » (art. 7 del Codice di procedura francese).

è rimesso all'altra parte. Questa disposizione non si applica alle domande proposte nell'atto di citazione.

Annotazioni.

Vedi le ANNOTAZIONI all'art. 421.

Articolo 417.

Il pretore, sugli atti avanti indicati, sentite le parti in persona nelle loro ragioni ed eccezioni ulteriori, deve procurare di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo, ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti.

Annotazioni.

La parte può comparire mediante mandatario specialmente autorizzato. Il tentativo di conciliazione non può aver luogo che nel confronto personale delle parti. A differenza della conciliazione che la parte stessa propone (*Titolo preliminare*, Capo I) qui non è impulso della parte, ma ufficio del magistrato; non si previene il giudizio, ma si tenta di troncarlo; è semplicemente occasionale; non costituisce una giurisdizione *sui generis* nell'àmbito del Comune, ma è compresa in quella del giudice della lite. Le disposizioni degli articoli 2 e 6 dovranno osservarsi; non credo applicabile quella dell'articolo 5.

La conciliazione seguita *coram prætore* avrà l'effetto di convenzione giudiziale o di una vera sentenza? Non essendo attribuita facoltà al pretore di render esecutivo il processo verbale di conciliazione neppure per trenta lire (articolo 7), *l'atto di conciliazione ha forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio* (art. 7).

Articolo 418.

Quando la conciliazione non riesca, le istanze e difese ulteriori possono proporsi oralmente o per iscritto, nel termine stabilito dal pretore, osservate le disposizioni dell'articolo 416.

I termini possono prorogarsi soltanto una volta.

Articolo 419.

I documenti presentati da una parte sono comunicati all'altra.

Le scritture originali possono comunicarsi per copia; sulla copia e sull'originale il pretore appone la sua firma, previa la collazione fattane dal cancelliere in presenza delle parti.

Annotazioni.

1. *Del procuratore nei giudici pretoriali.*

In tutti gli altri Codici di procedura non si disdegnò di dichiarare che avanti i giudici di mandamento (giudici di pace, giudici di circondario nel già regno di Napoli) le parti devono comparire personalmente o *farsi rappresentare da persona munita di procura generale* o *speciale* (art. 27 del Codice del 59). Il nostro Codice non parla che di attore, di convenuto, di parti, e non mai di procuratore. Il diritto di agire per mezzo d'altri è prerogativa della individuale libertà. Se mi costringete a fare da me tutto quello che o non posso utilmente fare o non voglio, la mia attività è diminuita, forse anche condannata alla impotenza. Nei giudizi prepondera talvolta un concetto opposto pel quale si restringe effettivamente la mia libertà. Vi sono certi atti nei quali non mi è permesso interporre altra persona. Perchè? Perchè *l'uso della mia naturale libertà può nuocere alla verità*, scopo sommo dei giudizi. Non posso giurare per mezzo altrui, perchè, a meglio scrutarli, si ha diritto di assistere alla manifestazione personale e diretta de' miei pensieri; perchè non vi ha solidarietà fra le coscienze. Solo a fronte di questo grande interesse della giustizia può il legislatore reprimere la mia libertà, impormi una cerchia d'azione ristretta al moto della mia persona. L'azione procuratoria ha

una maggiore o minor estensione. Nei giudizi maggiori io debbo scegliermi il difensore nella classe ufficiale, perchè istrutto, perchè responsabile, perchè ha la fede pubblica, e in essa la guarentigia delle proprie operazioni. La mia libertà si restringe, ma nell'interesse del bene e nel mio proprio. Nei giudizi minori la scelta del mandatario è più libera che nei giudizi maggiori, mentre non sono obbligato a scegliermi un procuratore in una classe ufficiale. Mi è restituita in certo modo la libertà intera, perchè ivi la difesa è più limitata e meno importante in ragione della semplicità della contesa, il cui mal esito può esser facilmente corretto con un appello ugualmente economico e pronto. Ne consegue che nei giudizi pretoriali, benchè non si parli di procuratore, esercitiamo questo diritto colla maggior possibile libertà (*).

Sarebbe d'uopo, osserva il CARRÉ trattando questo argomento, che la legge avesse fatta una eccezione alla *regola generale:* io dirò al principio della difesa personale, scritta in un Codice superiore a quello della procedura, onde non cerchiamo se vi sia la *concessione;* ci basti che non esista *limitazione.*

Io sono d'avviso che il silenzio stesso della legge conduca a tal conseguenza. In altri Codici si soleva portare delle restrizioni, pure ammettendo il diritto di rappresentanza. Ora si richiedeva il permesso del giudice (art. 55 del Codice sardo del 1854), ora poteva il giudice restringere la rappresentanza a certi ordini, classi o categorie di parenti (art. 77 del Codice sardo del 1859. Ritengo tolti di mezzo questi impicci: certo è peraltro che il giudice non ammetterà al suo cospetto persone indegne, incapaci, o proibite dalla legge.

Sulla forma del mandato può osservarsi che la legge giudiziaria non tiene sempre un modo. Pei giudizi formali esige *un mandato*, e s'intende alla forma dell'art. 48. Negli affari di commercio il mandato *può essere scritto in fine dell'originale* o *della copia dell'atto di citazione* (secondo che si tratti o dell'attore o del convenuto). La carta stessa in cui si scrive è già una garanzia della volontà del mandante, dalle cui mani indubbiamente proviene. Non vedrei perchè nelle cause dei pretori o conciliatori non si avesse a tenere questo semplice stile.

2. Cotale facoltà della parte impedirà al giudice di ordinare la *comparsa personale* quando la qualità dell'affare, e la probabilità di cavarne un buon risultato per la verità, ne lo consigli? No per certo. « Nous adoptons l'affermative de cette question (dice il CARRÉ, « quest. 44, addit. bis), et la raison sur laquelle « nous fondons notre solution, c'est que tout « juge, lorsque la loi ne le défend pas expressément, peut user de tous les moyens qu'il « estime utiles ou nécessaires pour éclairer sa « religion. » È per noi testuale la disposizione dell'art. 446.

3. La firma del giudice, come sull'originale così sulla copia, attribuisce alla comunicazione per copia la stessa autenticità che avrebbe l'originale.

Articolo 420.

Quando si faccia luogo a qualche atto d'istruzione, per cui la causa sia rinviata, le parti sono rimesse ad altra udienza fissa.

Annotazioni.

Questo testo si applicherà nel modo che sarà possibile. Essendovi di mezzo atti d'istruzione, non sempre potrà destinarsi ora per allora la udienza, e potrà anche fissarsi esaurita l'istruzione.

Articolo 421.

Il pretore, quando ravvisi la causa istrutta sufficientemente, o la parte dichiari di non voler rispondere, se non creda di pronunziare la sentenza nella stessa udienza, stabilisce per la pronunciazione una delle prossime udienze.

Le parti devono rimettere al cancelliere gli scritti e i documenti riuniti in fascicoli.

(*) Il diritto di tassare gli onorarii del procuratore a carico del soccombente appartiene ad un altro principio. Nei giudizi la presenza del difensore ufficiale è *considerata necessaria*. Per questo principio il soccombente è tenuto alla indennità verso il vincitore che non poteva esimersi da questa spesa.

Annotazioni.

1. L'assoluta oralità non è prescritta in verun caso nei giudizi pretoriali. Le deduzioni scritte sono permesse (articolo 416). La causa procede di udienza in udienza senza lacune di termini intermedii, ma la legge non impone al giudice una sollecitudine jugulatoria e soffocante: gli lascia una onesta comodità di vedere e di studiare, e ne sia suggello questa formola *quando ravvisi la causa istrutta sufficientemente, o la parte dichiari di non voler rispondere*; e non gli si prescrive neppure la pronunziazione all'udienza prossima.

2. *Dei processi verbali.*

La facoltà delle difese verbali in questa maniera di giudizi, facoltà che fu quasi necessità in qualche sistema anteriore, fece dire a un dotto scrittore della materia che « il giudice « è in certo modo il causidico delle parti e « l'istruttore del processo prima di esserne « giudice » (*Commentario al Codice sardo*, vol. 1, part. II, pag. 151). Il pensiero era tolto dalla Relazione del Governo che precedeva il Codice del 1854, che, malgrado le sue imperfezioni, in Piemonte segnava un'epoca nuova. L'articolo 60 vi corrispondeva, dicendo che « tutti gli atti ulteriori (tornata senza effetto « la conciliazione) che possono occorrere per « la istruzione della causa sono fatti per « mezzo di verbali che saranno dal giudice det- « tati al segretario, da questo distesi su appo- « sito registro, e da entrambi sottoscritti pre- « via lettura fattane alle parti, della quale « sarà fatto menzione ». Presso a poco l'articolo 81 del Codice del 1859 conteneva la stessa sanzione. Il presente Codice che si propone di esser meno didattico e meno minuzioso, non parla di codesti verbali contenenti la storia della istruzione, ma nell'articolo 416 stanziò *il verbale della causa*. Se non si presentano difese scritte, il giudice ha cura che il compendio e la parte sostanziale delle difese orali sia assicurata nel verbale ch'egli stesso detta al suo cancelliere. Nella Relazione del Senato che preluse alla legislazione piemontese del 1854, si calcò su quella frase *dettare*, come quella ch'era *opportunissima per addossare al giudice tutta intera la responsabilità dei verbali ch'egli deve giustamente assumersi*. Dettati questi verbali, il giudice deve darne lettura alle parti che possono portarvi i loro riflessi, il giudice gli accoglie se li trova giusti; dev'esser fatta menzione della lettura; il verbale dev'essere sottoscritto dal giudice e dal suo cancelliere.

Col succedere delle legislazioni e coll'esperienza, si viene chiarendo il concetto che distingue le funzioni di un Codice di procedura da quelle di un regolamento che svolge l'idea del Codice nell'ordine esecutivo, e la rende praticabile. Ora si è bene inteso che questo è materia di regolamento. Quello del 14 dicembre 1865 *per la esecuzione del Codice di procedura civile*, nell'articolo 192 descrive i varii registri che si tengono nelle preture. Il registro di udienza (n° 1) è distinto da quello così detto *dei processi verbali delle cause*: « In « esso saranno riferiti tutti i fatti e le dichia- « razioni di cui è parola nella sez. I, cap. V, « tit. IV, lib. I del detto Codice, e che non de- « vono notarsi in altri registri ». Sono ancora distinti da questo i processi verbali *degli esami*, *delle perizie*, *ecc.* Per quell'ordine, il verbale d'udienza non involve la materia del secondo registro, nel quale si racchiude ciò che vi ha di più importante nella causa, e servirà più tardi all'appello e agli altri giudizi superiori.

Articolo 422.

Quando nella prima risposta il convenuto domandi di chiamare in causa un garante, il pretore accorda un termine per citarlo.

Se la domanda non sia fatta nella prima risposta, o la citazione del garante non sia eseguita nel termine stabilito, l'istanza in garantia è separata dalla causa principale.

Articolo 423.

Chi abbia interesse nella causa può intervenirvi, finchè il pretore non abbia provveduto per la pronunziazione della sentenza a norma dell'articolo 421.

La parte che vuole chiamare in causa un terzo, a cui creda comune la con-

troversia, deve dichiararlo all'altra parte prima del provvedimento suddetto. Il pretore stabilisce un termine per la citazione del terzo.

Annotazioni.

1. *La domanda in garanzia* che appartiene *alla difesa indiretta*, è *de jure* circoscritta ai preliminari della causa. Qui si dice che *il convenuto può proporla nella prima risposta*. La prima risposta sarebbe quella dell'art. 416, dopo la quale e in seguito della quale udienza si assume l'opera della conciliazione. Nell'articolo 418 si parla *di difese ulteriori* che la parte è in diritto di fare. Bisognerà distinguere. O il convenuto compareo nella prima udienza non ha fatto difesa, ben potrà proporre la domanda di garanzia quando, caduta la conciliazione, prende a difendersi: quella è per lui *la prima risposta*. Se nella udienza immediata proponesse altre difese, sarebbe decaduto da questo diritto in quanto la causa contro il garante dovrebbe decidersi separatamente.

La seconda parte dell'articolo 423 tratta essa pure dell'intervento *coatto*, mentre la prima riguarda l'intervento volontario.

2. Fra la chiamata allo scopo della garanzia e quella che tende a partecipare il giudizio al terzo che si reputa *aver con noi comune la controversia*, corrono le differenze già state avvertite negli articoli 201 e 203. Nell'uno e nell'altro caso la difesa ha interesse nell'intervento di altre persone; nel primo si adopera di scaricare sopr'altri o in tutto o in parte il peso di cui si è minacciati; nel secondo, o la partecipazione della lite ai consocii di diritto ci fa sperare un più solido appoggio nella nostra stessa difesa, ovvero a noi importa che alla crisi da noi temuta siano presenti anche i cointeressati per tutte le conseguenze che possono nascere dal giudicato. La procedura iniziale in ambe le ipotesi è uniforme *quanto al modo*, non così *quanto al tempo*.

La chiamata in garanzia dev'essere fatta nella *prima risposta*. Non si dice *avanti e prima di ogni risposta*, il che è riflessibile. Ci sono, come abbiam visto più d'una volta, eccezioni che devono proporsi *prima di ogni altra difesa*: tale è per esempio la eccezione d'incompetenza e declinatoria del fôro che non sia per materia o valore (art. 187). In siffatto caso si ha *una questione di logica*; nell'incidente di garanzia si ha invece *una questione d'ordine processuale*. Chi ha spiegato difese di merito non ha evidentemente riconosciuta la competenza del tribunale? Invece la prontezza della domanda di garanzia è imposta per non disordinare il processo con protrazioni che non interessano che una sola parte, cioè quella del convenuto. Vi ha di più. Il terzo, costretto a venire in giudizio, tratto ad una giurisdizione che forse non è la sua propria, deve almeno avere comodità di assistere agli atti più importanti del processo. Ma il convenuto non decade, come si decade nel primo caso, dal suo diritto; solo arrischia di dovere abbandonare la forma più comoda e utile della *eccezione*, e questa si converte *in azione*, e si giudica separatamente.

Ciò quanto al *tempo*. Sembra che la stessa o poco diversa ragione, in ordine al tempo, militi per la chiamata dei *cointeressati*. Di fatti nel procedimento ordinario è fissato che l'una e l'altra maniera *d'intervento coatto e passivo* sia proposta in principio del giudizio e nei termini dell'art. 201. Per contro troviamo che nei giudizi pretoriali la chiamata del garante deve farsi alla *prima risposta*; e quella dei pretesi consocii, o cointeressati nell'azione, può farsi in ogni tempo *prima della pronunzia della sentenza*, o prima che il giudice abbia fissato il giorno della udienza in cui sarà per pronunciarla. Sono costretto a notare la disarmonia dei due procedimenti; l'inconveniente del secondo apparirà ad ognuno.

L'intervento volontario non soffre angustia di termini come la chiamata del terzo garante; può sempre ammettersi quando non arrechi impaccio di tempo alla causa principale. L'interveniente, dimostrato l'interesse, esercita un diritto che chiamerei *addizionale*, e si adagia senz'altro nella vertenza, deducendo ciò che può essere utile a lui stesso, e conferire alla verità: invece la chiamata del terzo introduce una causa nuova e nuovi convenuti, e produce una complicazione molto diversa (*V.* Annotazioni agli articoli 201, 202, ecc.).

3. *Il pretore non ha egli autorità di ordinare d'ufficio l'intervento di un terzo giusta l'articolo 205?* Parmi doversi risponder affermativamente, essendo quella legge posta nell'interesse della verità, quindi opportuna a qualunque giudizio.

4. *Delle istanze riconvenzionali.*

Il tema è analogo a quello della chiamata in garanzia anche nel rispetto ordinatorio. Negli articoli 101 e 102 è determinato il limite della competenza dei pretori e conciliatori rapporto alle azioni in riconvenzione. Intorno al modo di procedere si tace. Le due precedenti legisla-

zioni piemontesi furono concordi nel disporre con ugual rito delle domande in garanzia ed in riconvenzione (art. 124 del Codice di procedura sardo del 1854, art. 136 capoverso del precedente del 1859). La domanda riconvenzionale doveva proporsi alla *prima deliberazione*. Può sentirsi il dubbio se il silenzio della legge nuova valga una deroga; e così io tengo. Spesso ci accade di riferirci ad una legge anteriore come non derogata dal silenzio, o perchè giusta e necessaria ed entrata abitualmente nella pratica, o perchè rispondente ad altri ordini del nuovo diritto e pressochè sottintesa. Dove però si abbia a restringere la libertà dei giudizi, e imporre condizioni che potriano metter in pericolo la validità stessa del processo, non troverei contenuto nella ragion della legge ciò che non risulta dalla sua parola. Poi a questo luogo la soppressione mi pare ponderata. Aggiungo un terzo motivo a così opinare. La *compensazione* è tale eccezione che, eliminando il debito, tien luogo di pagamento, e, come è noto, si propone anche dopo la cosa giudicata: tal è la sua importanza. A difender la legge potrà dirsi che è nell'interesse del convenuto proporre in tempo utile la istanza di riconvenzione, altrimenti non si avrà *processo simultaneo*, e il giudice potrà sempre decidere l'azione qualora per fatto dello stesso convenuto il ritardo tornasse soverchio.

5. *Della forma degli incidenti nei giudizi pretoriali.*

Dirò poche cose sul generale di questo argomento. Avanti il giudice singolare il rito non può svolgersi come nei giudizi di collegio; ciò è manifesto; il giudice è il tribunale, e possiede la pienezza della facoltà. Ma in quanti casi potrà evitarsi l'udienza e la discussione! Ogni volta che le parti siano d'accordo in fatto d'incidente, propriamente tale (*), non avranno che a presentarsi al giudice; ed egli paternamente sedendo, secondo lo spirito dell'art. 181, sulla concorde domanda, farà un resoritto che avrà la sua esecuzione.

Articolo 424.

Gli interrogatorii possono proporsi oralmente o per iscritto.

Quando non sia contrastata l'ammissione degli interrogatorii, il pretore può ordinare all'interrogato, che sia presente, di rispondervi immediatamente.

Se sia contrastata l'ammissione degli interrogatorii, e questi siano stati proposti oralmente, il pretore determina nella sentenza in modo preciso i fatti sui quali si deve rispondere.

Annotazioni.

L'interrogatorio *improvviso ed orale* nei giudizi minori è una bella novità; tiene a cogliere la verità quasi di volo, mentre si occulta facilmente dietro la riflessione. Come si propone l'interrogatorio orale? Non altro certamente che alla udienza: è lì; signor giudice, interrogatelo. Spetterà al giudice formolare le domande; ma non si convertirà di tratto la scena in una *comparsa personale?* Perchè il convenuto non potrà a sua volta domandare che l'attore sia interrogato sopra circostanze a lui favorevoli? Ed io lo credo. Intanto si vede con piacere che il legislatore fa ogni suo potere per famigliarizzare, dirò così, codesti giudizi, e ricondurli alla semplicità primitiva.

Senonchè si fa subito un passo indietro. Se l'*ammissione è contrastata*, si lascia l'interrogatorio orale e si passa allo scritto. Per *contrasto* s'intende qualunque semplice e non motivata e anche non giuridica opposizione di rispondere verbalmente, che vale quanto rimettersi alla legge comune.

Ed io avviso che il proprio e vero interrogatorio ad esaurire gli effetti dell'art. 218, non si abbia fuorchè dallo scritto. Perchè i fatti sui quali non si risponde, si ritengano *ammessi e confessati*, è mestieri che ne risulti la formola precisa, anche all'oggetto dello studio ed esame che potrà farsene in appello e in cassazione.

Articolo 425.

Il giuramento decisorio può essere deferito dalla parte personalmente, o per

(*) Non posso ripetere ciò che si è detto largamente altrove su questa materia.

mezzo di mandatario. Il mandato deve essere speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva l'atto col quale è deferito.

La formola del giuramento può essere proposta oralmente, o per iscritto; la formola proposta oralmente è ridotta in iscritto nel processo verbale della causa.

Se la parte cui è deferito il giuramento non sia presente, o chieda un termine per fare osservazioni sull'ammissione o sulla formola del giuramento, il pretore stabilisce all'uopo l'udienza.

Annotazioni.

1. È tanto essenziale in questa materia il rito della legge normale, tanto connesso e rispondente ai principii stanziati dalla legge civile e alle ragioni immutabili del diritto, che, meno le parti accessorie del processo, bisogna in tutto riferirsi alle prescrizioni dell'articolo 220 e seg.

2. Discorrendo un momento della modalità del processo, il giuramento decisorio *si propone all'udienza;* e può anche proporsi con comparsa scritta. Se in quell'udienza la parte non è presente, se l'udienza è differita, se nella nuova udienza sorge opposizione sull'ammissibilità del giuramento, *il giudice darà sentenza.* Rimarco questa cosa perchè l'articolo non ne fa parola; ma si ponga mente che questo stesso è ordinato nell'articolo precedente in fatto d'interrogatorii, che è materia tanto meno importante. Decisivo poi si è il considerare che trattasi di *sentenza appellabile:* d'uopo è dunque (quando sia stata contrastata l'ammissione, prego notarlo) d'uopo è che la sentenza esista con tutti i caratteri estrinseci che le sono proprii. Quando adunque si dice che la prova si esaurisce all'udienza, s'intende *concorrendo il consenso delle parti.*

3. Se il giuramento si presta senz'altro apparecchio all'udienza, il giudice avvisa la parte (per lo più ignara del diritto) essere nelle sue facoltà di *riferire il giuramento alla parte contraria,* posto sia riferibile.

4. Non credo applicabile alla lettera la seconda parte dell'art. 223: il giudice potrà stabilire il termine che dovrà decorrere dalla notificazione della sentenza alla prestazione del giuramento, ossia fissare la udienza relativa. Oltrechè la ragione dei termini suole avere un rapporto mutabile e relativo alla qualità del procedimento (e il corso del termine ne costituisce per avventura la principal differenza), sicuro argomento se ne deduce dal secondo capoverso di questo articolo, ove una simile facoltà si vede accordata al giudice.

5. Che il pretore possa deferire *d'ufficio* il giuramento, nessun dubbio; e intorno a ciò si veggano le ANNOTAZIONI all'art. 228.

Articolo 426.

La prova testimoniale può essere dedotta oralmente o per iscritto. Quando sia dedotta oralmente, il giudice determina i fatti da provarsi.

Articolo 427.

Quando la citazione dei testimoni si debba eseguire nel comune stesso in cui devono essere esaminati, si può fare verbalmente colla sola menzione di essa nel processo verbale d'udienza; se fuori, si fa per biglietto.

Annotazioni.

1. Le disposizioni di questi due articoli si hanno a considerare le sole modificazioni formali fatte alla legge comune. Si osservò, parlando del procedimento commerciale, che la nuova legge non ha stabilito per gli esami, per le perizie, ecc., *un procedimento ordinario e un procedimento sommario,* ma ha saputo concentrare nel primo modalità facili a maneggiarsi e a ridursi ai casi più semplici, e ne abbiam tenuto conto come di un progresso nella parte letteraria del Codice, e un avviamento a migliori destini.

2. *La prova orale può esser dedotta oralmente e per iscritto.* Ma bisogna bene aver presente che prima della formolazione degli articoli vi è la questione dell'ammissibilità. Ritengasi pure che la proposta verbale può farsi all'udienza; ma l'altra parte può opporre la non

ammissibilità della prova testimoniale. Può nascere allora una grave questione, che il giudice deve decidere per sentenza, di sua natura appellabile.

3. *Citare verbalmente* i testimonii degenti nel Comune significa avvisarli che devono essere esaminati in un tal giorno ed ora avanti il signor pretore. Dubito di un'economia mal intesa. Chi darà l'avviso? Chi attesterà di aver dato l'avviso? L'avviso verbale dovrà farsi alla persona, con lei favellando, o si potrà trasmettere per mezzo di parenti e di famigliari come un atto scritto? Chi assicura che il testimonio abbia ben capito? Quale controlleria al fatto dell'avvisatore, e di che mai certificherà il processo verbale? È forse una cosa da poco un esame di testimonii? Non suol essere anzi la importanza di tutta la causa? Come si farà stare al dovere il testimonio che non comparisca, e potrà sempre dire: io non sono stato chiamato? È quindi da preferire l'avviso per *biglietto*, ossia per mezzo di lettera del cancelliere che contiene l'intimo, la cui consegna è accertata dall'usciere.

4. Ora noterò in breve elenco le riduzioni a cui il processo di esame può soggiacere nei giudizi pretoriali.

a) La domanda di ammissione può essere proposta all'udienza, senza bisogno di precedente citazione.

b) Gli articoli possono formolarsi dal giudice sopra istanza verbale, ma non bisogna dimenticare che *la prova contraria è di diritto* (art. 229). Se la parte contro cui si fa la prova è presente, ha facoltà di dedurre articoli e testimonii in contrario, e si differisce la udienza onde nella prossima li produce, od oralmente, da inserirsi nel processo verbale, o in iscritto. Con ciò resta invariabile e sacro il principio; ma non si applica, quanto ai modi e termini, l'articolo 229, capoverso. Lo stesso osservava il commendatore SCIALOJA nel vol. I parte II del gran *Commentario al Codice sardo del* 1854, pag. 294, parlando del consimile articolo di quel Codice.

Ciò non è nella legge, ma è analogo al sistema, che affida principalmente la istruzione al giudice.

c) Se l'ammissione è contrastata, se cade in questione, deve pronunciarsi sentenza, come già osservai. E in essa si adempirà al prescritto dell'articolo 230, non senza stabilire il termine della prova contraria.

d) Se l'esame deve seguire fuori del Comune può delegarsi direttamente un altro pretore del distretto; fuori del distretto, per mezzo del presidente del tribunale.

e) L'esame seguirà nell'udienza fissata.

f) Il termine fissato per l'udienza costituisce *il tempo della durata dell'esame*, salvo la proroga ad altra udienza più o meno vicina; mai si passerà il termine dei trenta giorni (articolo 232); ma non occorre fissarlo alla parte, appunto perchè l'istruttoria è regolata dal giudice.

g) Quantunque le disposizioni degli articoli 223 e 224 siano molto rilevanti nel concetto della legge, tuttavia io non ritengo la loro applicazione nei giudizi pretoriali. Oggidì però è divenuto alquanto malagevole il dimostrarlo, in causa dell'assoluto silenzio della procedura relativa al sistema pretoriale.

Tanto nel Codice di procedura civile francese, quanto nei piemontesi, e così dicasi degli altri, il processo dell'esame avanti i giudici inferiori, abbastanza bene disegnato, toglieva di mezzo quelle formalità che corrisponderebbero ai due citati articoli. Questo è già un argomento forte per ritenerli esclusi anche dall'italiano, che in cotali giudizi sembra, direi quasi, voler pompeggiare di semplicità. Ad ogni modo colà c'era un sistema a parte, e qui no. Intanto la pratica generale, quasi commento della legislazione or ora abrogata, faceva della presentazione dei testimonii all'udienza un affare delle parti che rispettivamente, se ne incaricavano nel proprio interesse. L'articolo 92 del Codice del 1854 dice: « Se la sentenza ordina l'esame di testimonii « *dovranno le parti, nel giorno ed ora stabi-* « *liti, presentare i loro rispettivi testimonii*, i « quali ricusando di comparire volontaria- « mente, saranno citati ». Nell'articolo 120 del Codice sardo del 59 si diceva semplicemente *comparsi i testimonii*, e passava al modo dell'esame. Numerando gli articoli della legge formale, ch'erano applicabili ai giudici di mandamento, non si richiamavano punto gli articoli 300 e 301, i quali corrispondevano ai nostri 223 e 224. Non poche ragioni si potrebbero addurre a provare lo scopo di codeste prescrizioni tanto rigorose nei giudizi ordinarii avanti i giudici superiori ove l'esame si sviluppa di fase in fase nella istruzione che le parti ordiscono, laddove qui s'improvvisa, per così dire, all'udienza, in mezzo al conflitto. Dirò per ultimo che veramente in quei due articoli la formalità è tale che corre fra i procuratori, i quali fra i doveri del patrocinio hanno eziandio quello di curare, in quanto giovi al proprio assunto, le testimonianze, e di oppugnarle nel rapporto della legalità: nulla di questo è praticabile o si comprende nelle cause minori.

Tutto ciò mi giova confermare coll'autorità

dell'illustre SCIALOIA. « In Francia si è disputato « per sapere se l'obbligo di comunicare alla « parte avversa la nota dei testimonii tre giorni « almeno prima dell'esame, sia applicabile alla « procedura dei giudici di pace (art. 261 del « Codice di procedura francese). Le sentenze « erano divise, ma la giurisprudenza ha seguita « l'opinione di coloro che tenevano non essere « applicabile, come apparisce da due arresti « della Cassazione del 2 luglio 1835 e del 13 « gennaio 1836. — Presso noi la questione non « può neanco elevarsi (egli diceva secondo il « Codice del 54, ma ecco rinnovarsi la que- « stione); perciocchè le parti possono, anzi deb- « bono, per l'articolo 92, *presentare i loro an- « che senza citazione;* e l'articolo 502 *suppone « che il facciano alla udienza stessa in cui « chiesero la prova, quanto è possibile.* »

h) Le formalità che accompagnano l'esame (articoli 241, 242, 243, 244, 245, 247) *devono tutte osservarsi;* la loro inosservanza porterà le conseguenze a quei luoghi notate.

i) Delle eccezioni personali contro i testimonii.

Sono da applicarsi gli articoli 236 e 237). Il giudice esamina le prove; differisce, se occorre, l'udienza per decidere sulle eccezioni.

Le *eccezioni* si propongono avanti il giudice delegante, non avanti il delegato, se c'è delegazione.

Articolo 428.

Quando si faccia luogo a perizia, il pretore stabilisce il giorno per il giuramento del perito.

Se il perito non comparisca è citato nella forma stabilita per i testimoni, e, non comparendo tuttavia, è nominato un altro perito.

Il pretore fa dar lettura al perito del processo verbale, o della sentenza che ha ordinato la perizia.

La relazione del perito è fatta verbalmente o per iscritto, secondochè sia ordinato dal pretore, ed è presentata nel giorno in cui fu eseguita la perizia, salvo che, per la distanza del luogo, o per altro motivo, il pretore abbia stabilito un altro giorno.

Annotazioni.

A modificazione della legge comune si nota:

1° La nomina in ogni caso di un solo perito, che non facendosi d'accordo fra le parti, si fa dal giudice;

2° Il modo semplice della chiamata del perito o verbale, o meglio per *biglietto di cancelleria;*

3° La lettura al perito del processo verbale e della sentenza sta in luogo della consegna ordinata dall'articolo 261, che per conseguenza rimane fuori d'applicazione;

4° La *relazione verbale del perito* è immediatamente tradotta nel processo verbale.

Articolo 429.

Quando nell'accesso giudiziale il pretore debba essere assistito da un perito, sono applicabili le disposizioni dell'articolo precedente.

Articolo 430.

Quando si debba procedere alla verificazione di scritture, il pretore ne ordina il deposito nella cancelleria.

Annotazioni.

Chi bene osserva il sistema del titolo relativo alla *verificazione delle scritture* vede predominarvi nozioni così sostanziali, che non potrebbero riputarsi superflue in veruna specie più compendiosa di procedimento; vede tenue e parco il giuoco dei termini, onde c'è poco o nulla da ridurre trattandosi di cause minori. In precedenti Codici (notando le piccole cose si penetra nello spirito generale: sono le gocce minute che s'infiltrano meglio) fra le riduzioni adottate in tale materia sul processo comune si poneva questa, che il giudice *fra*

le carte di confronto, contrastanti le parti, sceglierebbe quelle che a parer suo meglio convenissero, derogando alla regola *che le scritture di confronto devono portare certe impronte o caratteri riconosciuti dalla legge*. Un'altra facoltà era data al giudice di mandamento, facoltà che faceva travedere un'inclinazione, un desiderio del legislatore; *che il giudice procedesse da sè alla verificazione*, facendosi, ove non si potesse altrimenti, assistere da un perito (articolo 116 del Codice di procedura analogo ad altri).

Quest'ultimo proposto aveva qualche riscontro nella celebrata procedura di Ginevra. Il BELLOT nella esposizione dei motivi aveva detto: « Conjecture par conjecture celle du « juge nous a paru bien préférable à celle des « experts. Nous croyons devoir plus de con- « fiance à son discernement, à son expérience, « et sur tout à cette responsabilité que par « là pèsera sur lui toute entière ».

Questa duplice facoltà, o sia compresa nell'ufficio del giudice, o non abbia voluto farsene un dono ai pretori se non vi è compresa (e ora lo vedremo), non si vede più notata nella procedura che li riguarda, e solo una specialità trova luogo — *il pretore ordina il deposito della scrittura in cancelleria*. Io non saprei dire che sapore abbia. Chi domanda la verificazione deve proporne la prova e *depositare la scrittura in cancelleria* (prescrive l'articolo 284). Se non si adempie al precetto, l'autorità giudiziaria potrà sempre imporlo. Pare che il nostro articolo avrebbe potuto risparmiarsi.

Rapporto alle altre due facoltà non accordate, dico, essersi fatto bene quanto alla prima. L'articolo 286 è una delle più ponderate disposizioni del Codice, e non doveva sagrificarsi al supposto bisogno di tirar via e di far presto. Si può attribuire a un giudice più o meno di poter far uso col suo criterio indipendente degli elementi giuridici che gli son messi innanzi; *ma di crearli questi elementi* non gli dev'esser permesso. Rispetto alla facoltà di *giudicare da sè*, di non far uso di periti, parmi fosse inutile il dirlo, ma il dirlo non era senza pericolo. Avria potuto dedursi che nelle procedure maggiori tale autorità non avessero i giudici. Noi abbiamo, per debito nostro, qua e là nei rispettivi luoghi avvertito, che a cose semplici, intuitive, ove non si complichino misteri d'arte calligrafica (o allora guai!), il giudice può dare il giudizio dei proprii occhi e del proprio criterio, quel giudizio che potrà sempre dare anche contro il voto dei periti (art. 270). Si può convenire che nelle cause di minor conto, e d'ordinario più facili, anche per evitare dispendio, il giudice sentirà meno il bisogno di farsi forte cogli oracoli dell'arte.

Articolo 131.

Quando s'impugni un documento come falso, il pretore provvede a norma dell'articolo 406.

Annotazioni.

1. L'articolo 406 non può esser applicato alla lettera. Il pretore trasmetterà l'atto impugnato di falso al procuratore del re; destinerà nuova udienza per risolvere; deciderà la causa se il documento non è influente, in caso contrario sospenderà il giudizio.

2. Non isfuggirà che in questo punto la procedura pretoriale combina e conformasi alla commerciale. Il procedimento di falso letterale non appartiene nè ai tribunali di commercio nè ai giudici minori. Ne abbiamo detto altrove le ragioni.

3. Anche il giudice di pace, il pretore, può decidere la causa principale, come il tribunale civile, indipendentemente dal documento impugnato per falso, ove la istanza si sorregga ad altre prove (in tema di giudizio avanti il giudice di pace. Conforme il THOMINE, il CARRÉ, questione 56, CHAUVEAU, ecc.). Io penso che non possa più farsi la questione *se, non essendo il pretore competente a conoscere dell'incidente di falso, rimettendone all'autorità competente la cognizione, egli si spogli della causa*. Egli ne ritiene il possesso finchè l'incidente non sia deciso nel senso delle falsità. Si avverta che il pretore, sotto la imperiosa ingiunzione dell'articolo 406, deve *sempre* rimettere il documento al procuratore del re, o pensi che sia superfluo e inutile alla causa, o non appariscano dall'atto le supposte alterazioni.

4. Vi sono certe modalità che si spiannno, a così dire, e si risolvono nella forma più semplice nei giudizi minori meno per decreto della legge che per la natura di tali giudizi. *La interpellazione alla parte contraria se intende servirsi del documento* (articolo 298) *non potrà farsi a viva voce in udienza?* Ciò ritengono, e credo a ragione, i proceduristi francesi (PIGEAU, *Comment.*, t. 1, pag. 26; CARRÉ, addit. 56 bis all'articolo 45).

Si domanda qual valore dovrà darsi al silenzio dell'interpellato. SCIALOJA osserva che il silenzio in questo caso, favorevolmente interpretato come si deve, va inteso come animo di *non volersi servire del documento*, al fine di non doverlo rimettere al magistrato sotto il grave peso di una querela di falso (*Commentario del Codice sardo*, vol. I, part. II, p. 194). Il giudice potrà incalzare le interrogazioni onde avere risposta decisa.

Articolo 432.

Per la discussione di conti il pretore può rimettere le parti davanti un arbitro conciliatore.

Annotazioni.

L'*arbitro conciliatore* avrà i caratteri e le facoltà ch'egli ripete dall'art. 402 (*V.* le ANNOTAZIONI a quest'articolo).

Articolo 433.

Quando si debba dare cauzione, questa è presentata al pretore, e l'atto è ricevuto dal cancelliere, salvo il disposto nell'articolo 331.

Annotazioni.

Ciò intende che la cauzione non è prodotta in cancelleria colle modalità degli articoli 329 e 330; ma se ne fa capo al giudice stesso, il quale può, io credo, chiamare a sè la parte offerente, proporle famigliarmente le difficoltà, consigliare ed ingiungere ciò che occorra, invitando pur anche, se si trovi conveniente, l'altra parte per venire all'accordo della cauzione. Questo parmi lo scopo di una disposizione tanto nuova quanto asciutta; e che non avrebbe altrimenti ragione di essere. Veggo del resto che l'ufficio risponde all'indole paterna di questa magistratura: ufficio ad ogni modo stragiudiziale, di cui non rimarrà traccia in verun verbale, ma farà sentire i suoi buoni effetti evitando inutili contestazioni.

Articolo 434.

Quando sia richiesto un pretore di altro mandamento per atti di istruzione, il pretore richiedente stabilisce l'udienza in cui le parti dovranno presentarsi al pretore richiesto.

Questi, sull'istanza di una delle parti, stabilisce il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto, dopo la quale rimanda le parti a udienza fissa davanti il pretore richiedente.

Annotazioni.

Questo è un curioso articolo, e non so donde uscito. Stabilito che il pretore può richiedere il pretore d'altro mandamento *per atti d'istruzione* che abbiano ad assumersi oltre il giro del proprio distretto, sembra naturale che *il pretore richiesto abbia facoltà di destinare il giorno e l'ora in cui vorrà o potrà tenere la propria udienza.* E non tanto perchè egli solo può sapere il come e il quando, ma altresì per una ragione giuridica evidente: che la delegazione investe bensì il delegato di un'autorità che questi non possiede per virtù della propria giurisdizione, ma non assorbe e non fa proprie le funzioni dello stesso delegato. L'ordinamento dell'udienza non è un atto della giurisdizione trasmessa, ma della propria.

La seconda parte dell'articolo non invidia la prima. Il pretore richiesto *stabilisce il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto.* Dalla *istruzione si passa alla esecuzione dell'atto!* Se non voglio negare ogni senso a queste parole, debbo ritenere l'esecuzione del mandato ricevuto dal delegante, cioè la formazione della perizia, dell'esame del testimonio, e via discorrendo. A parte la espressione, come si conciliano le due facoltà del pretore richiedente *a stabilire* cioè fissare *l'udienza in cui le parti dovranno presentarsi al pretore richiesto;* del pretore richiesto *a stabilire* (seguitiamo ancora con questa cattiva frase) *il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto?* Vi è di più: *dopo l'esecuzione dell'atto* il pretore richiesto rimanda le parti

al richiedente: ciò è in regola; *ma a udienza fissa!* Questa volta è il delegato che spezza il pane al delegante *fissandogli l'udienza!* Forse la improprietà della redazione ha data all'articolo una significazione peggiore del suo stesso concetto; ma non so darmi pace come siasi voluto entrare nell'impiccio di udienze reciprocamente fissate ed imposte, violando il principio dell'indipendenza della giurisdizione; esempio di cattivo effetto in un Codice, d'altra parte distinto per liberalità e scioltezza di modi. Per me questa è una legge inesegubile.

Riflessi sulla ricusazione del pretore.

Negli altri Codici di procedura si solevano dettar norme speciali per la ricusazione del giudice inferiore. Per lo più gli si trovava qualche peccato di meno, o, se vi piace, gli si usava un po' più d'indulgenza. Nulla di più giusto che una legge sola per tutti (art. 116).

Ricordiamo che la *cognizione dei motivi* spetta al tribunale da cui il pretore dipende (art. 120).

L'articolo 121 nella sua parte prima non è applicabile che nelle cause di tribunale o di Corte d'appello. L'ultima però è in termini. « La ricusazione di un pretore si fa con di« chiarazione depositata nella cancelleria ri« spettiva prima della discussione. »

È una dichiarazione sottoscritta dalla parte o da suo speciale mandatario, indicante i motivi e i mezzi di prova. Se ne eseguisce la comunicazione al giudice a termini dell'art. 124. Prima della *discussione* qui significa avanti la *prima udienza:* colla discussione il giudice s'intende accettato.

La causa è immediatamente sospesa. La decisione sul fatto della ricusazione non è suscettibile d'appello (art. 128).

SEZIONE II.

Delle sentenze, delle ordinanze e delle spese.

Articolo 435.

Il pretore deve pronunziare la sentenza valendosi degli originali dei processi verbali, degli scritti, e dei documenti presentati dalle parti.

Queste non sono tenute a prenderne copia. Il cancelliere deve spedire le copie o gli estratti che gli siano richiesti.

Articolo 436.

La sentenza deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.

Quando il pretore pronunzi come giudice commerciale, la sentenza deve farne menzione nell'intitolazione. Il difetto però di questa menzione non annulla la sentenza, salvo le pene disciplinali contro il cancelliere che l'abbia firmata.

Annotazioni.

1. L'articolo 436 riassume i caratteri estrinseci della sentenza in quanto si addice al giudice singolare; non ripete la sanzione di nullità dell'articolo 361. Ed era così facile richiamarlo, se si voleva applicato; non meno facile il dir chiaro se la inosservanza e violazione di ciascheduna delle forme dell'articolo 436 e del primo membro dell'articolo 437, o di alcuna di esse, produca la nullità della sentenza.

Si fa quindi risorgere la questione antica, se le sentenze dei giudici inferiori per l'indole e natura loro siano, come quelle dei tribunali, soggette ad annullamento, mentre la legge quanto ad esse si astiene dal pronunziarlo, e suona sì alto il principio (art. 56) che non vi è nullità se non dichiarata dalla legge.

Non si possono dare che quelle risposte che furono già date altre volte, giacchè non so quale inerzia prenda i legislatori, ove parlano delle sentenze dei giudici inferiori, a non voler dire espressamente se e quando saranno nulle.

In Francia ogni contravvenzione alle regole

statuite alla formazione delle sentenze era causa di nullità, benchè non espressa. Tale era la conseguenza che chiaramente si deduceva dalla Legge 4 germinale, anno II, articolo 3. Ma venne dipoi l'articolo 141 del Codice di procedura ad arricchire il fôro di questioni; e dovevano ben nascere, mentre l'art. 141, non già dettando le sentenze ai giudici inferiori, ma descrivendo i caratteri estrinseci di ogni sentenza, non fiatava di nullità. È noto che MERLIN e TOULLIER (ed erano quei valent'uomini che erano), e con essi alcune Corti non videro di fatti nullità ove non era scritta. È noto ancora che la Cassazione non tardò ad insegnare la vera dottrina, considerando che, mancando di quei requisiti, e quindi dei suoi elementi essenziali la sentenza, come tale non esiste. Di altri argomenti si venne in seguito rifornendo la giurisprudenza francese, che finì coll'esser d'accordo.

Questo cenno storico giova pure a noi, chiosatori del nuovo articolo 436. Senonchè per noi c'è qualcosa di più e qualcosa di meno. Di più, perchè abbiamo una legge che esplicitamente commina la nullità (art. 361); di meno, perchè può dirsi *ubi voluit expressit*, e non avendo circondato l'articolo 436 della stessa sanzione, è argomento che la legge abbia voluto dalla nullità le sentenze dei pretori preservare. A questo argomento si risponde, che le disposizioni per le quali milita la stessa causa si ritengono governate dagli stessi principii; che l'articolo 436 non fa che riprodurre le norme dell'articolo 361, e ciò al solo oggetto di adattarle alle cause dei giudici singolari, togliendo via alcune formalità che alle sentenze loro non convengono; che del resto il valore della causa o il diverso subbietto non ha verun rapporto colle forme essenziali della sentenza; che ogni sentenza è grave, ogni sentenza è importante, e quando la legge esige gli stessi requisiti sostanziali, indica e dimostra che non ve ne ha di più specie, che vivono della stessa vita, e della stessa morte devono morire; che la nullità deriva dalla natura delle cose (articolo 56, capoverso 1°), e ripeterò anch'io le parole del PERRIN, perchè sono scientifiche e quindi universali. « Le titre « de jugement et la puissance qui distingue « un acte de ce genre ne sont accordé que à « un ensemble de formalités qui ne peut être « scindé ni rester incomplet sans faire éva- « nouir le tout. *Il n'est donc pas nécessaire* « *que la loi attache expressement* la peine de « nullité à une pièce informe que des magis- « trats inattentifs auraient qualifiée de juge- « ment. » (*Traités des nullités*, pag. 221).

2. Avanti i pretori non si prendono propriamente delle *conclusioni*; atto grave e formolato oltre quello che la facile disciplina pretoriale comporti. Non ci sono che delle *domande* e delle *eccezioni*. Per amore del tecnicismo, che infine è la cote che distingue gli uomini pratici da quelli che non lo sono, prego di tener conto anche di questo riflesso: indi il corrispondente linguaggio dell'art. 436.

3. Si è detto or ora che la nullità pronunziata dall'articolo 361 si estende anche alle sentenze dei pretori. Nullità assoluta sarebbe: 1° *La mancanza totale della menzione delle domande ed eccezioni*. Potrebbe arguirsene il tenore in qualche argomento della sentenza, o questa potrebbe nominatamente riferirsi a qualche atto da cui risultasse, e così salvarsi; 2° *La mancanza totale di motivi o di motivi pertinenti al soggetto deciso*; 3° *La mancanza del dispositivo*; 4° *La mancanza della sottoscrizione del giudice* (*V.* più sotto n° 4). Più volte si è ritenuto equivalere alla mancanza una firma scombuiata e inintelligibile.

L'*ordinanza* deve avere i caratteri indicati dall'art. 362. L'*ordinanza* sarebbe nulla se fosse, a dir così, uno sconcio, un guazzabuglio senza nome, non per qualunque difetto anche sussistente, e non si dovrebbe procedere a rigore. Di fatti la sanzione di nullità non è propriamente apposta che alle *sentenze*. L'ordinanza facilmente si corregge (capoverso dell'art. 362): la sua importanza è invero molto minore che quella di una sentenza, le sue conseguenze meno gravi.

4. *Sul capoverso dell'articolo* 436.

Quando il *pretore pronunzia come giudice commerciale* (*) si deve dichiarare in principio della sentenza la qualità in cui giudica, ovvero la qualità commerciale della causa. Ma è affare del cancelliere *quando l'abbia firmata*, perchè la sua sottoscrizione non è necessaria, come si appalesa al principio dell'articolo seguente. Io deduco da codesto dettato un argomento che avvalora la suesposta tesi. È un difetto codesto che *non annulla la sentenza*; si comprende: la sentenza però del pretore è annullabile come ogni altra; e per quali cause lo abbiamo detto.

(*) Il tribunale di commercio non giudica che di un valore superiore a lire 1500 (articolo 85). Quindi il pretore giudica anche di affari di commercio inferiormente a quella somma, con appellazione allo stesso tribunale di commercio (articolo suddetto).

Articolo 437.

La sentenza è sottoscritta dal pretore, e pubblicata dal cancelliere nell'udienza stabilita.

Se tutte le parti si trovino personalmente presenti alla pubblicazione, la sentenza si ha per notificata.

Negli altri casi la sentenza è notificata alla residenza o al domicilio di cui nell'articolo 415. In mancanza di dichiarazione di residenza, o di elezione o dichiarazione di domicilio, la notificazione può essere fatta alla porta esterna della sede del pretore che ha pronunciato la sentenza.

Annotazioni.

1. La *pubblicazione* implica *notificazione* se le parti si trovino *personalmente* presenti: parole calcolate, mentre si confonde così spesso la *parte* con chi la rappresenta. *Amendue le parti?* E se l'attore che *vince la causa* non fosse presente? Ricordo che l'articolo 85 della procedura ora cessata scriveva: « *se entrambe le parti* si trovino presenti alla sua pubblicazione ». Si è conservata la espressione — *se tutte le parti sono presenti.* Pare che lo scopo fosse raggiunto, presente colui che perde, colui al quale la sentenza dovrebbe essere notificata. Eppure non è così. La ragione dev'esser questa. L'atto di notifica della sentenza, come qualunque altro, ha vita dalla volontà di quello a cui istanza si eseguisce; volontà che, mediante la comunicazione legale, s'impone all'altra parte. La notificazione suppletiva o surrogatoria mediante la sola pubblicazione non potrebbe fondarsi in giure diverso: il concorso della volontà del notificante è necessario: infine *è il quasi contratto giudiziale* sostituito al metodo ordinario della notificazione e costituito dalla *presenza di tutte le parti.*

Egli è perciò che la formola *tutte le parti* per me si spiega in conformità dell'altra *entrambe le parti*, in questo senso che basta che *la parte vincitrice sia completamente rappresentata*, e mi spiego. Se cinque fossero gli attori in *causa unica e individua*, e uno fosse presente, la volontà comune sarebbe sufficientemente espressa dalla sua presenza. Quanto ai convenuti, ossia coloro *ai quali la sentenza dovrebbe notificarsi individualmente*, è chiaro che tutti dovrebbero essere presenti. Se la notificazione non dovesse farsi che ad uno solo di essi, cioè al capo, amministratore o rappresentante comune, basterebbe che questi fosse presente.

Se la notificazione per pubblicazione riuscisse perciò incompleta, non varrebbe per alcuno, neppure pei presenti, e dovrebbe praticarsi nelle vie ordinarie.

2. Il secondo capoverso dell'articolo è una novella prova della tendenza della nuova legge ad imprimere un moto più rapido ai procedimenti delle cause minori. Ora si manifesta lo scopo dell'articolo 415. Chi non adempie a quella formalità si priva del diritto di notificazioni comode e sicure; onde si proclama quella legge gravissima e sin qui inaudita, *che la notificazione della sentenza può esser fatta alla porta esterna della sede del pretore.* Giusto premio a chi non ha obbedito ad una prescrizione così semplice e salutare.

Articolo 438.

Le ordinanze sono scritte di seguito nel processo verbale di udienza, e sono pubblicate come le sentenze; questa pubblicazione tien luogo di notificazione, quantunque le parti non siano personalmente presenti.

Quando si tratti d'interrogatorii o di giuramento, se la parte che dovrebbe rispondere o giurare non sia personalmente presente, l'ordinanza deve esserle notificata.

Annotazioni.

1. Continuano le riduzioni. Se ai *provvedimenti di mera istruttoria le parti non erano presenti*, si doveva farne la notifica al modo delle sentenze (art. 88 del Codice sardo del 59

così nel Codice napoletano e in ogni altro). È cosa nuova che la pubblicazione in una sala deserta valga notificazione. Ultimo grado di semplicità in cui non veggo inconveniente. Chi ha una causa deve anch'essere un poco sollecito per sapere: ha lo stimolo dell'interesse. Nel capoverso è corretto l'eccesso in cui si verrebbe a cadere: trattasi di atti diretti necessariamente alla persona, di atti che generano delle risponsabilità, e portano termini e comminatorie.

2. Un'avvertenza però viene molto opportuna, e potrei dire necessaria. Badate che la legge dice *ordinanza*, non *sentenza*. Notate che la parola *ordinanza*, quantunque con significazione più lata, è sostituita a quello che soleva chiamarsi *provvedimento d'istruttoria*. Non si tratterebbe pertanto di *sentenze appellabili*. Se vi fu opposizione; se la prova testimoniale non fu ammessa fuorchè rigettando le mie eccezioni che tendevano a respingerla; se fu accordata o negata una perizia, malgrado io sostenessi che a tale pronunzia ostava la cosa giudicata, e via discorrendo, non è più caso di *ordinanza*, di *provvedimento d'istruttoria*, ma di sentenza interlocutoria, e *quoad objectum* definitiva; *deve notificarsi*, perchè, come dissi, appellabile; deve notificarsi perchè si versa in *pericolo di giudizio grave*, ove la possibile ignoranza o tardiva conoscenza della pubblicazione priverebbe del benefizio dell'appello.

3. Vedi *rapporto al registro delle ordinanze*, art. 193, ultimo capoverso del Regolamento 14 dicembre 1865.

Articolo 439.

La tassazione delle spese, nelle quali le parti siano condannate, è fatta nella sentenza.

Nella tassazione si possono comprendere soltanto le vacazioni necessarie per assistere alle udienze, le quali siano state per ogni volta dal pretore ammesse, e, nella somma stabilita dal pretore, le spese per gli scritti, gli atti e le copie da esso riconosciuti necessari, avuto riguardo alla natura della causa e alla condizione delle persone.

Annotazioni.

Le parole *vacazioni necessarie*, ecc., ricevono spiegazione dall'art. 194 dell'ora citato Regolamento. Pare voglia dirsi *le vacazioni* (possibile che non si trovi altra parola di men cattivo suono e più italiana?) relative alle udienze realmente tenute e proficue, non alle rinviate, come si può dedurre dall'indicato articolo.

Nella somma stabilita dal pretore — intendo ch'esso ha dalla legge la facoltà discrezionale di valutare le spese necessarie da quelle che non sono.

Come mai *le condizioni delle persone* possono influire *sulle spese?* L'espressione è tolta, come altre ancora, dall'art. 87, uno dei peggio redatti, del Codice del 1859. Diciamo per esempio che si tratti di mettere in tasca spese di viaggi; e siccome una persona di *miglior condizione* ha diritto di viaggiare più comodamente, e altri d'inferiore può anche andare a piedi o in un posto di terza classe sulla ferrovia, perciò delle gradazioni ci devono essere anche nella tassa delle spese!

SEZIONE III.

Della contumacia.

Articolo 440.

Quando non compariscano nè l'attore nè il convenuto all'udienza stabilita nell'atto di citazione, questa si ha per non avvenuta.

Se comparisca soltanto una delle parti, la causa è giudicata in contumacia

Digitized by Google

dell'altra, salvo che sia ordinata una nuova citazione a termini dell'articolo 442, e salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 381, e nella prima parte dell'articolo 382.

Annotazioni.

Trattandosi della contumacia del *convenuto*, alla immediata pronuncia, osta la rinnovabilità della citazione. La citazione *è rinnovabile d'ufficio* (vedi appresso articolo 442), o *per volontà* e prudente consiglio della parte comparsa.

Se il convenuto non fu citato in *persona propria*, ma l'atto avrebbe dovuto provenirgli dall'altrui mano, restiamo incerti, ci troviamo in dubbio se abbia o no avuto realmente scienza dell'atto che si mandò a notificargli. Che si fa allora? La legge non ordina risolutamente, e in ogni caso, l'invio di una seconda citazione, ma solamente *fa all'attore abilità di mandarla*. Questo è il senso dell'articolo 382, parte prima, già spiegato a suo luogo. Nelle cause pretoriali adunque, come nelle maggiori, l'attore può egli stesso fare istanza che la pronuncia si sospenda per mandare al convenuto un'altra citazione che gli chiuderà felicemente l'adito ad un giudizio *in opposizione* (art. 474). Ma essendo *non altro che facoltà*, se l'attore non ne fa uso, il giudice condanna in contumacia senza più interessarsi del modo con cui sia stata eseguita la citazione, fermo però l'attributo che ha dall'art. 442.

« La contumacia della parte non comparsa, « aggiunge l'articolo 195 del regolamento, non « può essere dichiarata prima che sia trascorsa « un'ora dall'apertura dell'udienza o dell'ora « indicata nell'atto di citazione » (in conformità del capoverso dell'art. 154).

Si è fatta anche riserva per la disposizione del capoverso dell'articolo 381. *Le domande riconvenzionali* hanno carattere d'istanze principali, e inaugurano un giudizio nuovo. Conveniamo che la riserva non è totalmente al suo posto frammezzo all'art. 440. Ma intanto è stabilito che, non comparendo il convenuto che intenda promuovere simili domande, la causa sarà rinviata all'effetto che il convenuto adempia a quella prescrizione.

Se in quel termine l'attore comparisce, essendo una vera citazione introduttiva, cessa di diritto la sua contumacia.

Articolo 441.

Nel caso di due o più convenuti indicato nel capoverso dell'articolo 382, se l'attore non rinunzi all'effetto della citazione contro i contumaci, il pretore rinvia la discussione della causa ad altra udienza.

L'ordinanza è notificata ai contumaci nel termine stabilito dal pretore.

Annotazioni.

1. La seconda parte dell'art. 382 dev'essere completamente osservata. Sembra però diversificare il modo. Anzichè l'attore stesso *ripeta la citazione* colla dichiarazione che *non comparendo la causa sarà proseguita in sua contumacia*, si notifica l'*ordinanza* che decreta la nuova udienza *entro un termine* ordinato dal giudice nella ordinanza medesima. E vale una seconda citazione.

Se il contumace non si fa vivo, se non si presenta all'udienza, la causa è definita contro tutti simultaneamente, e senza diritto di opposizione.

2. Si domanda se abbia luogo il sistema di notificazione stanziato dall'articolo 385, 2° capoverso, cioè *mediante un usciere a ciò delegato*, cautela ivi prescritta colla maggiore severità. Ritengo la prescrizione non applicabile nei giudizi pretoriali. Bisognerebbe aggiungere alla legge: si deve tener conto della varietà del sistema e della più grave importanza degli affari che si trattano colle larghe maniere del procedimento formale.

L'analogia non potrebbe correre *a minori ad majus;* non potrebbe correre trovando ostacolo nella determinazione d'una legge che, non ripetendo la clausula eccezionale, si reputa aver voluto rimettersi alla legge comune.

Vuole però la legge comune, eccettuate disposizioni speciali che qui non avrebbero ragione di essere, che ogni notificazione *sia eseguita personalmente*, cioè alla persona o al domicilio. E così dovrà farsi, tanto più che la notifica dell'ordinanza tiene veramente luogo della seconda citazione.

Ciò s'intende dell'ordinanza primordiale in

Digitized by Google

cui si racchiude il più grande interesse, *quale condizione dello stato di contumacia*. Una volta decretato lo stato di contumacia, non dubito che non sia in facoltà di notificare *le istanze e ogni altro atto d'istruzione, mediante affissione nei termini* del 1° capoverso dell'articolo 385. E mi fermo in questa ragione, che non trattandosi, secondo la superiore ipotesi, di aggravare la formalità, ma di ridurla a quelle più semplici proporzioni che sono adottate persino nel procedimento formale, l'argomento d'induzione è perfetto, non potendosi stimare che quello che è conceduto nei procedimenti più gravi, in questo debba esser negato.

Articolo 412.

Quando una delle parti per forza maggiore e notoria sia impedita di comparire al giorno indicato nella citazione, o quando all'udienza il pretore sia in qualunque modo informato che il convenuto non abbia potuto avere notizia della citazione, ne ordina una nuova per altro giorno. Il processo verbale di udienza ne esprime il motivo.

Annotazioni.

Questa umana disposizione ci è legata dalla procedura francese, ma nelle nostre mani divenne migliore. Per l'articolo 21 di quel Codice, la rivelazione dell'involontaria ignoranza del non comparso e del suo più legittimo impedimento, non lo esime da una dichiarazione di contumacia. Soltanto il giudice gli è generoso di un più largo termine a fare opposizione. O non accordandolo il giudice, il contumace (che per tale si considera) comparendo, può essere dispensato dal termine di rigore a fare opposizione, *purchè giustifichi che non ha potuto essere informato della procedura o per motivo di assenza o per grave malattia*. In vero a tal condizione chiunque, e in ogni caso, dovrebb'essere esonerato dal rigore della legge, che sarebbe manifesta ingiustizia. Per noi quell'uomo non è un contumace, dal momento che si vuol dare un valore alle stragiudiziali informazioni che sono venute all'orecchio del magistrato, e che per la umanità dell'effetto si hanno a tenere in conto. Levato quel faticoso impiccio, quella flagrante incoerenza dell'articolo 21 del Codice francese, si ordina una nuova citazione, e questo va bene.

Senonchè bisogna osservare come si combini cogli altri ordinamenti.

E innanzi tratto è forse una concessione speciale alla situazione, ovvero rientra in qualche modo nel sistema? In altri termini, questa citazione *è forse totalmente surrogata alla prima*, o si considera *seconda*, come avviene nei casi in cui ci rimorde il dubbio se la prima sia stata veramente ed efficacemente notificata? Vi è in ciò differenza: se *è prima*, potrà farsi luogo a una seconda citazione, giusta l'articolo 382; e in fatto sarebbe la terza. Se poi la nuova citazione ordinata d'ufficio si ha per supplementare nel dubbio che la prima sia andata a segno, terrà luogo di quella che, giusta il citato articolo 382, è facoltativa; e ne verrà di conseguenza che, a norma delle cose più volte ripetute, *sarà escluso il rimedio dell'opposizione*.

Può sorgere un'altra difficoltà. Se la citazione porti il timbro della notificazione fatta *in persona propria*, che è una verità attestata dal pubblico uffiziale che ha questa missione, l'articolo 412, qualunque siano le informazioni susurrate all'orecchio del giudice, o le sue opinioni circa impedimenti di forza maggiore, troverà ancora applicazione? Io vengo in sospetto che questo testo sia stato trasportato dall'altro Codice senza por mente alle nuove riforme per cui qualche modificazione avrebbe dovuto subire. Questa fra le altre mi pare necessaria. Se la relazione dell'usciere porta che la citazione fu notificata *in persona propria* del convenuto, cioè consegnata a lui stesso e nelle sue mani, il giudice non potrà accettare per vere le informazioni contrarie, senza dichiarare che la relazione è falsa.

Resta dunque che, mancando questo suggello della comunicazione diretta, il giudice, restando fortemente nel dubbio per le informazioni avute, in luogo di condannare l'assente per contumace, adotti la prudente misura di ordinare una nuova citazione. Pare che questa tenga veramente luogo di quella che *lo stesso attore potrebbe di sua volontà commettere a termini dell'articolo* 382, *parte* I. Nel qual caso, essendo soddisfatto al voto della legge, se il citato neppure si presenta, dovrà poi ritenersi *contumace volontario*, e non avrà diritto alla opposizione (*V.* appresso, § 474).

SEZIONE IV.

Del giudizio possessorio.

Articolo 443.

Chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il giudizio possessorio.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Due testi del Codice giustinianeo sembrano porgersi come sorgenti del diritto per cui il giudizio possessorio dal petitorio stanno divisi. Il primo è la *Leg. incerti juris, Cod. de interdictis:* « Incerti juris « non est, orta proprietatis et possessionis lite, « *prius possessionis decidi oportere quæstionem* « competentibus actionibus, ut et hoc ordine « facto, de dominii disceptatione probationes « ab eo qui de possessione victus est, exigan- « tur ». L'altro è la *Leg. ordinarii, Cod. de rei vindict.:* « Ordinarii juris est *ut mancipio- « rum orta quæstione prius exhibitis mancipiis « de possessione judicetur; et tunc demum pro- « prietatis causa* ab eodem judice decidatur ». Nondimeno è storico che la cumulazione dei due giudizi non era interdetta, e la loro separazione è un concetto moderno. Procedeva la ragione di quei testi quando, portata avanti lo stesso giudice la questione del possesso e della proprietà, e ognuna delle parti fondandosi nel possesso per esimersi dalla prova del diritto, era al giudice imposto di decider prima la questione del possesso, per far indi ragione della prova. E in due modi poteva accadere. L'attore, asserendosi ingiustamente spogliato dal suo avversario che riteneva l'usurpato possesso, chiedeva col rimedio *adipiscendæ vel recuperandæ* la restituzione del possesso, ed insieme la dichiarazione del diritto di proprietà. Ovvero, chiedendo l'attore il possesso della cosa litigiosa, il reo eccepiva la proprietà e il dominio, con che avrebbe assorbita la causa del possessorio pel principio *sententia lata in petitorio parit rem judicatam in possessorio;* onde dell'uno e dell'altro si disputava. La legge, e non in tutti i casi, regolava l'ordine non dei giudizi, ma piuttosto della discussione, e poneva il principio della priorità. Del resto abbondano i canoni di diritto, ecclesiastico specialmente, per accertare la cumulazione (cap. 2, 3, 4, 6 *De causa possess. et propriet.; Leg. properandum Cod. de judiciis).* Lungamente si visse in questo diritto: in Italia quasi sino agli ultimi tempi; ma in Francia il presente istituto risale sino a Carlo VII e Francesco I.

2. *Sulla vietata cumulazione del possessorio e del petitorio.*

a) Generalità. La cumulazione non è assurda; e chi oserebbe asserirlo se tale non fu riputata dagli antichi maestri? Non è assurda perchè la vedremo anche accettata, in un certo rapporto, nel seguente articolo 444. Ma per due cagioni i giudizi del possessorio e del petitorio si vogliono disgiunti. L'una riguarda l'ordine delle competenze, l'altra la loro stessa qualità e natura.

Dacchè le azioni possessorie furono affidate alla competenza dei giudici di pace, di mandamento, ora pretori, motivi altra volta detti (*V.* ANNOTAZIONI all'articolo 82), l'arbitraria unione dei giudizi avrebbe sconvolto quest'ordine. A breve andare l'attribuzione del giudice minore sarebbe stata assorbita dalla giurisdizione più comprensiva; il petitorio avrebbe tirato a sè, per la maggior gagliardia e potenza dei suoi effetti, la causa del possesso. La divisione delle competenze era basata sulla separazione dei giudizi.

Non meno grave è la ragione di fondo. Il possesso è lo stato di proprietà estrinseco ed apparente. È una posizione che dev'essere rispettata, rapporto alla generalità, come guarentigia d'ordine e tranquillità pubblica; rapporto allo individuo, come un fatto giuridico fecondo di vantaggi materiali, e come un posto avanzato, direi, nella via della proprietà effettiva. Quindi il suo concetto pratico si sviluppa in forme semplici, si determina con argomenti di mero fatto, rifiuta le investigazioni di diritto e le lunghe discussioni, e si eseguisce prontamente: giudizi con basi diverse, con iscopi diversi, con trattazioni distinte e per qualità e per mezzi (*).

b) Della istanza. Se il carattere del giudi-

(*) Per gius singolare ed eccezionale, quando si tratta del possesso reclamato da privato sul suolo stradale e quindi imprescrittibile, va innanzi la questione della proprietà (Cassazione, sentenza 6 settembre 1866, *Relazione* GARVASONI).

zio si desume dalla istanza; se nel dubbio tramite dei due giudizi, possessorio e petitorio, il tenore di essa è più che mai osservabile, mal si potrebbe dare una regola che non fosse un esempio. La parola *proprietà*, come vedremo più avanti, non è così ripugnante da una questione di possesso che non possa anche pronunziarsi nel corso del libello; ma bisogna ben guardarsi dall'attribuire primaria importanza alle prove della proprietà onde non costringere il giudice ad occuparsene, perchè allora si metterebbe a rischio la sua competenza.

c) *Delle prove e dei titoli.* La esposizione e la valutazione dei mezzi nel possessorio e nel petitorio sono essenzialmente diversi. Nondimeno non è imposto al giudice del possessorio di astenersi dall'esame *di ogni titolo e documento* come da cosa proibita; nè al giudice del petitorio di non esaminare la causa del possesso.

La *titulata possessio* (specialmente nelle manutenzioni giurisdizionali) si trovò in certi casi desiderabile dai pratici: in certi casi, dico, per es., se viene in disputa la buona o mala fede del possesso (POSTHIUS, *De manutent.*, observ. 74, num. 117). La produzione di titoli non nuoce alla questione del possesso; talvolta giova. Il POSTHIUS discorrendo del mandato *de manutenendo* in possessorio sommarissimo, non dubitò d'insegnare, colla scorta segnatamente del MENOCCHIO, che in fatto di manutenzione sommariissima — *data paritate possessionis in tempore et in probatione, præfertur possessio titulata possessioni non titulatæ et qui titulum, seu proprietatem vel dominium probat... et eo magis si titulus antiquior sit possessione... habens enim titulum dicitur habere possessionem magis justam et potiorem ..... ac præferenda est possessio titulata etiamsi de ea pauciores testes deponant...*, e così avanti. Ma dove si sarebbe arrivati senza un correttivo da frenare l'abuso? Quella che si chiamava *assistentia juris* valeva bene, quale vale presso di noi, a sostenere il possesso quale giuridico e manutenibile, ma senza trasportare la questione sul campo della proprietà; e nello stesso classico scrittore possono vedersi per tutta la *observat.* XIII accuratamente delinearsi i fondamenti dell'azione possessoria, e la influenza correlativa dei titoli della proprietà.

La contemplazione dei titoli può servire: 1° Ad avvalorare *i requisiti e le condizioni giuridiche del possesso* (Cassazione, 12 gennaio 1854, *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1854, tom. I, pag. 301; 7 giugno 1861, *Gazzetta dei Tribunali*, 1861, tom. I, pag. 643). Se viene contraddetta la ragione del possesso che si pretenda *precario*, il titolo della proprietà risolverà nel modo più positivo la opposizione; e pertanto non si decide della proprietà. 2° *Non si tratta di uno dei requisiti del possesso, ma dello stesso possesso, che in quanto è tale riceve rinforzo ed appoggio nel titolo d'acquisto* (Un arresto della Cassazione Suprema di Napoli riportato dal SCIALOJA, 18 marzo 1846, disse in tema: « Che il soggiungersi del« l'attore di essere il suo possesso avvalorato « dal titolo di compra del 1746 rafforzava la « sua domanda possessoriale a termini dell'in« dicato articolo... e col titolo e col possesso; « e *non cambiava in petitorio il possessoriale « giudizio* »; 3° *Il possesso può esser negato non in alcuno de' suoi requisiti, ma nella sua medesima essenza*, e se ne inverte la nozione col sostenere che si ritiene a *titolo di servitù*. Allora il *titolo* può essere necessario a sciogliere il dubbio. Vi sono delle servitù attive che non possono costituirsi che da un titolo, e non possono altrimenti sussistere a verun effetto (art. 630 del Codice civile). E quantunque il giudice non possa a meno di appoggiarsi nel titolo, e in certo modo venga ad affermare la proprietà, non ostante il giudizio possessorio conserva il suo carattere, che consiste nel *proprio oggetto*, e non fa pregiudizio alcuno alla futura questione della proprietà nella quale potrà anche disputarsi della validità del titolo medesimo (Cassazione 11 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, anno suddetto, vol. I, pag. 112).

Poniamo questa regola: *l'esame e giudizio sui titoli di proprietà, prodotti in causa possessoria* (di possesso annale), *non altera l'indole della causa stessa quando non appariscono che mezzi razionali diretti a stabilire il possesso giuridico, cioè manutenibile.*

È chiaro che in giudizio di spoglio violento o di reintegrazione, la produzione dei titoli può anche, secondo i casi, cambiarne il carattere, tramutandolo in possessorio semplice o plenario, fors'anche in petitorio mascherato, onde il giudice, convinto dello spoglio, dovrà guardarsi dal prenderli in considerazione.

d) *Del sistema della difesa in quanto può eccedere i limiti del giudizio possessorio.*

Può fermarsi in massima che il genere di difesa adottato dal convenuto non influisce sul carattere dell'azione intentata ove trasmodi dai termini naturali di tale giudizio, elevando quistioni d'altra natura.

L'attore produce un titolo perchè se ne abbia quella ragione che occorre per sostenere

il possesso, e a questo solo scopo. Vogliamo anche supporre che il titolo prodotto sia sostanziale nello stesso giudizio di possesso, dipendendo per esempio da esso, se il possesso sia a causa di dominio o di servitù.

Il convenuto impugna il documento per vizi intrinseci o estrinseci che lo renderebbero nullo ed inattendibile.

Il giudice dell'azione possessoria dovrà pure risolversi per una di queste tre: o dichiararsi incompetente, attesochè la eccezione è di qualità che supera i limiti del possessorio e involve una cognizione della stessa proprietà; ovvero il giudice sospende la causa possessoria, rimettendo la cognizione del titolo controverso alla sede competente, come si tratti di un incidente pregiudiziale di cui egli non può conoscere, dopo il quale giudizio si riassumerà avanti lui la stessa causa possessoria; o finalmente, non declinando punto la cognizione dell'incidente, esaminerà la verità o non verità, la sussistenza o non sussistenza del titolo controverso (cognizione che in ipotesi abbiamo data come indispensabile a sciogliere rettamente la questione del possesso), e ne farà l'apprezzamento che crederà di ragione, al solo effetto e al solo fine di giudicare dell'azione possessoria.

Non posso immergermi nel fitto delle controversie che sono state dibattute dagli scrittori, mentre bisogna convenire che la giurisprudenza ha proceduto con maggiore uniformità.

Il terzo sistema è stato generalmente adottato.

Questo sistema è forte di quel principio fondamentale delle cognizioni giudiziarie — *che il giudice dell'azione è anche giudice dell'eccezione* — se ne togli i casi espressamente eccettuati dalla legge.

Da questo principio discende un corollario che ha pur esso la dignità di un principio, attesa la sua generalità. — *Il giudizio che si esprime sopra un titolo, sopra un diritto considerato come mezzo e prodotto per via di eccezione, non decide della sua legalità, valore ed importanza fuorchè in relazione all'oggetto della lite a cui si applica;* per cui non si stabilisce la cosa giudicata rapporto ad esso titolo o diritto; *ma invece la cosa giudicata si affigge solamente e si determina sull'oggetto deciso.*

Ciò premesso, il giudice dell'azione possessoria, o esamini l'intrinseco valore del titolo, o anche ordini le prove necessarie per rilevarne la verità, per esempio mediante verificazione giudiziale se la scrittura privata è negata, egli non va fuori della linea che gli è fissata, ma anzi fa quello che deve onde pronunziare con cognizione di causa sul possessorio.

Vero è che quello stesso titolo, inchiudendo gli argomenti del possesso, può inchiudere eziandio gli argomenti della proprietà; non si dissimula che lo stesso titolo verrà più tardi a servire di appoggio allo stesso giudizio petitorio e dovrà essere di nuovo apprezzato; ma che perciò? L'oggetto delle cognizioni non si confonde; il giudice del possessorio ha desunto dal documento ciò che giovava al suo scopo; vi ha trovato ragioni e utili sussidii alla questione del possesso: l'altro invece lo verrà contemplando nelle sue attinenze col diritto di proprietà. E quando l'apprezzamento del primo giudice si consideri sempre *come relativo* e non mai *come assoluto*, ancorchè i modi di vedere siano diversi in ciò che costituisce la essenza stessa del titolo, non vi è implicanza nè contraddizione; ognuno dei giudici avendo usato della sua indipendenza nel valutare i mezzi proposti alle loro non meno indipendenti decisioni.

c) Di una particolare ipotesi nella quale il titolo riguardando piuttosto il SOGGETTO *che l'*OGGETTO *di diritto è moralmente e intenzionalmente valutabile.*

Ecco la ipotesi. L'attore in possessorio non può vantare realmente un possesso suo personale, ma viene a difendere dall'altrui molestia quello ch'ebbe il suo autore al quale succede, e produce il suo titolo di acquisto convenzionale o ereditario (articolo 698 del Codice civile). Il titolo successorio è fieramente contraddetto dal convenuto; attaccato di nullità formale, di dolo, frode, ecc.

Il CHAUVEAU, così mirabilmente semplice nelle sue soluzioni, non avrebbe, a mio avviso, sciolta perfettamente la questione (all'art. 23 del Codice di procedura francese, questione 101 bis in CARRE): meglio io penso il BELAME, e meglio ancora sulle sue tracce l'illustre SCIALOJA (*Commentario*, vol. I, part. II, p. 717).

Il titolo di successione rimane estrinseco alla cognizione del possesso e dei suoi requisiti: noi supponiamo che quel possesso sia d'altronde ben fondato. L'atto, l'istrumento che stabilisce il passaggio fra il possessore ed il suo successore non riguarda adunque chi può esercitare quel diritto. In questo caso il giudice non è necessitato a rilevare tutto ciò che vi ha di vero nelle opposizioni del convenuto. Il titolo apparente dell'attore può sostenerne l'assunto senza d'uopo di approfondirne l'essme. Il commendatore SCIALOJA ha detto come ciò possa avvenire, e lo ha detto con invidia-

bile felicità d'espressione; esprimere la idea era per avventura più difficile che concepirla. « Quel ricongiungimento è, per così dire, l'ef« fetto di un acquisto fatto *animo solo* del « possesso antecedente di un altro, per virtù « di un titolo in buona fede creduto sufficiente, « ed anche talvolta eseguito da un possesso « *animo et corpore* come conseguenza di esso. « In questi casi potendosi l'esame, direi quasi, « *morale e intenzionale del titolo impugnato*, « esame unicamente relativo al possesso, stac« care dall'esame legale e diretto delle nullità « per ciò che concerne il merito, nessuno può « vietare che il giudice il faccia » (*Commentario*, vol. I, part. II, pag. 717). Trattandosi *pertanto di continuazione di possesso*, e di vedere soltanto se il possesso che si allega sia già un fatto verificato e l'azione possessoria legittima e fondata, la qualità di successore viene considerata piuttosto in rapporto subbiettivo che obbiettivo; la prova viene riguardata *piuttosto secondo l'animo e la buona fede dell'allegante* che nell'aspetto rigoroso della legalità. Ma ciò dipende dai fatti e dalle circostanze, e serve a mostrare che una generale teorica non può farsi.

f) Del possesso annale dipendente da titoli opposti e controversi.

Due compratori dello stesso immobile vengono ad urtarsi coi loro contraddittorii titoli di acquisto avanti il giudice del possessorio, reclamando ciascuno il possesso dell'autore ch'esso ritiene di continuare in forza del proprio titolo di acquisto, che naturalmente preferisce a quello del suo avversario.

Il pretore giudice del possesso deve esaminare codesti titoli, apprezzarli, o rinviare la questione, ardua per avventura e difficile, al tribunale; o, quando la questione eia di sua competenza per la somma, dovrà astenersi dal giudizio del possesso, e rimettere le parti a provvedersi col metodo ordinario?

Qui bisogna porre attenzione. *Se l'elemento del possesso materiale e giuridico* milita a favore dell'una o dell'altra delle parti congiunto al titolo d'acquisto, o amendue presentano uno stato di possesso comunque dubbioso e controverso (nel qual caso può anche ordinare un sequestro), il giudice è pienamente nei termini della sua giurisdizione esaminando col possesso anco i titoli. Che se niuno di coloro ebbe ed ha possesso, e si combattono soltanto i titoli fra loro, il giudice dell'azione possessoria cessa di essere competente, e rimette le parti al petitorio.

Dopo sì lungo discorso, che spero non tornerà inutile, e di cui invero lo sentivo il bisogno, trattandosi di materie delle più difficili, pericolose e frequenti, premesso che a ben chiarire ogni difficoltà troppo più si dovrebbe dire, fo punto, e riassumendo quella parte, che è la più grave, concludo:

Che il giudizio possessorio e petitorio si distinguono radicalmente pel loro oggetto, ma che nel primo possono anche presentarsi mezzi di diritto, documenti, titoli di proprietà; e che la loro presentazione non è incongrua all'indole di quel giudizio, anzi può ad esso convenire, talvolta eziandio porgere ad esso fondamento e ragione.

Che pel principio che il giudice dell'azione è giudice della eccezione, il pretore si occupa del titolo, lo esamina, e ne giudica in tutto ciò che si riferisce alla questione del possesso, senza pronunciare *dispositivamente* di esso, ma discutendone, se occorre, nella parte razionale della sentenza, coll'unico indirizzo del possesso;

Che il giudice non si arresta in faccia alla questione di nullità del titolo, quando gli giovi conoscerne il fondo per l'oggetto del suo giudizio;

Che nulla osta che la sua investigazione, per la natura delle cose, lo spinga sino sul terreno del diritto, sulla ragione della proprietà, e per conseguenza egli venga in qualche modo a dividere la cognizione che spetterà *oggettivamente* al giudice del petitorio; essendochè di questo egli non pronunzia, e non implicando nell'ordine delle giurisdizioni che più giudici si occupino con vario intento dell'esame di fatti giuridici, atti e documenti, che si porgono *come mezzi necessarii di prova*, o anche come sostegno ai *rispettivi loro giudizi*: il giudicato consiste nella decisione, e l'una dall'altra decisione distinguesi dal proprio oggetto;

Che per altro dipende dal cauto vedere del giudice, dal suo senno e criterio, l'astenersi e rimettere la causa al giudice del petitorio ove non abbia innanzi che titoli controversi, ovvero la ragione della proprietà si presenti del tutto assorbente in quanto il giudizio del possessorio vi sia implicato in modo da non potersi, fuori dei titoli della proprietà, comprendersene gli elementi distinti (*).

(*) Gli articoli del Codice civile che riguardano in genere le prerogative del possesso manutenibile sono il 685 e il 686; in ispecie, ossia per ragion di tempo, l'articolo 694; dello spoglio violento e della reintegrazione gli articoli 695, 696, 697.

Osservazioni speciali all'articolo 443. Bisogna averne presente la formula che è molto misurata.

Il transito dal petitorio al possessorio era permesso nelle antiche leggi (*Leg.* 12 *de adquir. vel amitt. poss.*). I Codici moderni francese e italiano nella loro lunga sequela sino al presente, professarono essere incongruo e non ammissibile il passaggio dal petitorio al possessorio, per la ragione (almeno quella che ci vien data dagl'interpreti) che coll'istituire il petitorio si *riconosce il possesso dell'avversario.*

Riconoscere il possesso dell'avversario è diverso dall'essere; il possesso potrebbe averlo lo stesso petitore, il quale volendo uscire da condizione incerta, qual è quella del semplice possesso, vuol farla finita una volta per sempre e farsi aggiudicare il diritto.

Per questa ragione, che or ora vedremo produrre i suoi effetti, non è forse del tutto il fondamento della legge quello che son venuto accennando, benchè sia generalmente ritenuto; ma più presto un altro, anche più solido: che cioè il petitore *rinuncia all'esercizio dell'azione possessoria* dacchè promuove il giudizio petitorio: e ciò è giustissimo, perchè ne soffrirebbe la più violenta perturbazione l'ordine dei giudizi.

QUESTIONI. La legge parla di colui che *ha istituito il giudizio petitorio*, dovrà dirsi lo stesso, ossia *dovrà applicarsi il divieto eziandio al convenuto?*

Non vi sarà distinzione tra i *fatti di possesso anteriori al giudizio petitorio e i posteriori?*

La seconda ricerca appartiene all'articolo seguente. Parleremo della prima.

Un po' di storia.

L'articolo 26 del Codice di procedura francese è conforme al 443 nostro. Per colui che istituisce il giudizio possessorio, la proibizione è chiara, ineluttabile; ma era facile proporre un problema che per certo l'articolo non iscioglie — *le défendeur en pétitoire est-il recevable à agir au possessoire?* La miglior parte dei proceduristi (DUPARC-POULLAIN, *Principes*, Tom. I, pag. 696, n° 14; LEPAGE, quest., p. 82; CARRÉ, quest. 128; GARNIER, ecc.), decisioni di Cassazione, però non tutte uniformi, ammettevano l'esercizio dell'azione possessoria a favore del convenuto pendente il giudizio petitorio non intentato da lui; onde recisamente il CHAUVEAU: « Il faut d'une manière absolue accorder l'action possessoire, *toujours au défendeur, jamais au demandeur* ». Si temeva, ed era difficoltà di non lieve peso, che da questa combinazione venisse ad emergere la vietata cumulazione dei giudizi. Il PONCET, fra gli altri, e più completamente, dimostrò che *cette cumulation n'est pas possible*, per le ragioni che possono vedersi nel suo trattato *Des actions*, n° 92. Pare che la dottrina soffrisse una limitazione nel caso che il convenuto fosse comparso e si fosse difeso nella causa petitoria, ostando allora all'esercizio separato dell'azione di possesso il contratto giudiziale.

Questa e altrettali quistioni furono dibattute negli studii preliminari e nelle discussioni che precedettero in Piemonte il Codice di procedura del 1854. Come si risolvesse quella che concerne la posizione dell'attore in petitorio, si vede aperto nel nostro articolo. Malgrado le contrarie osservazioni del Magistrato di cassazione, la Commissione senatoria fu di parere che « l'instituzione del giudizio petitorio, *involgendo implicita ricognizione del possesso presso il convenuto*, toglie non tanto all'attore *ma pur anche al convenuto* la facoltà di muovere quind'innanzi il giudizio possessorio avanti il giudice di mandamento ». L'articolo 119 del Codice consacrò tale opinione nella forma seguente: « Nè anche il convenuto nel petitorio è ammesso a provocare il giudizio possessorio, ed a chiedere che a tal uopo siano le parti rimandate avanti il giudice di mandamento ». Fra tanto rigore si trovò necessario scrivere l'articolo 120 che faceva eccezione nei casi di spoglio e di reintegrazione nei quali il giudice di mandamento poteva essere invocato e provvedere.

Così fu portata alla dottrina generale una novazione poco felice. Nel Codice del 1859 la disposizione contenuta nel citato articolo 119 non ricomparve: poteva ritenersi abrogata. Per altro nell'articolo 132 fu sancito « che dopo istituito il giudizio petitorio ogni richiamo relativo al possesso dipendente da fatti, *sia anteriori sia posteriori* alla istituzione della causa, sarà deferito all'autorità giudiziaria innanzi cui pende il giudizio petitorio.... ». Poi si ripeteva la limitazione rispetto all'istanza di reintegrazione *nel caso di attentato violento ed occulto;* laonde si comprende che fu conservato lo stesso sistema, benchè con minore chiarezza.

Io non dubito più che il nuovo Codice italiano non abbia voluto decisamente tornare alla vera dottrina. Intanto non vi si legge più esclusione quanto riguarda all'azione possessoria del convenuto, e il seguente articolo ce ne farà vieppiù persuasi.

La Corte di cassazione francese nell'8 aprile 1823 decise, secondo il CARRÉ, come appresso: « Qu'il n'est pas au pouvoir de l'auteur du

« trouble d'éluder la compétence du juge de « paix au possessoire, en citant au pétitoire, « avant qu'il eut formé son complainte, celui « qui, par suite de ce trouble, aurait acquis « la faculté d'intenter cette action ».

Io credo di poter assumere questa interpretazione, che trovo la più logica, la più conforme alla dottrina generalmente ricevuta, e sembrami autorizzata dalle mutazioni non senza proposito portate nella nuova legge. Qualche altro argomento verrà aggiunto esaminando l'articolo che segue (*). Se io bene intendo, parmi convenirne l'illustre PISANELLI nella Relazione: « Qualora il convenuto sia stato soltanto tur- « bato (non violentemente od occultamente « spogliato) nel suo possesso, ma gli atti tur- « bativi continuino ancora nei loro effetti, per « modo che possa tuttavia ridondargli un van- « taggio dal giudizio possessorio, *l'azione pe-* « *titoria promossa dal turbatore non potrà im-* « *pedirgli di far decidere anzitutto la questione* « *possessoria avanti l'autorità competente*, sal- « vochè vi abbia espressamente o tacitamente « rinunziato ».

Articolo 111.

Dopo istituito il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudicio.

Quando però si tratti di attentato violento o clandestino, il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione, e rimanda le parti avanti la detta autorità.

Annotazioni.

1. Risulta, per quanto a me pare, evidente da questo articolo che se il diritto dell'azione possessoria è nato per *molestie anteriori* alla introduzione del giudizio petitorio, il solo giudice competente è il pretore, *semprechè trattisi del convenuto* che non abbia preso parte al giudizio petitorio, contestando senza riserva la lite. Se così non fosse, Tizio, possessore legittimo, turbato nel suo possesso da Cajo, che il giorno dopo ha promosso il giudizio petitorio, non saprebbe a qual giudice rivolgersi: non al pretore, secondo la contraria ipotesi; non al giudice del petitorio, perchè trattasi di fatti *anteriori*. Così il presente articolo pone il suggello alla tesi proposta.

Intanto il tribunale del diritto, fatto abile a conoscere eziandio delle questioni possessorie (nate posteriormente, ossia pendente lite), parrebbe cumulare in sè amendue i giudizi, per cui qualche chiaro scrittore ha biasimato come illogico un tale connubio. Non credo importi trattenersi sopra questa critica; perchè infine il cumulo non è un'assurdità logica, come dissi a principio, ma il suo divieto è fondato in ragioni d'ordine che potrebbero dirsi cessare in questa speciale contingenza.

Havvi ancora un'altra ragione che sempre più giustifica la legge. La prevenzione del petitorio, occupando in certo modo il campo della discussione, l'azione petitoria già istituita non resta di riflettere qualche cosa del proprio, a dir così, sulla stessa questione del possesso, la quale non si presenta più così nuda, spiccata e distinta come veramente era, indipendente da quella. Sovente la molestia, l'agitazione che ne deriva, potrà parere affettata e intesa a turbare il giudizio del diritto; in ogni modo il saggio del diritto che già si è cominciato a fare, la cognizione dei titoli rispettivi, potrà consigliare i giudici del merito a prendere misure di prudenza e ordinare provvisioni analoghe a questo stato di cose. Niente osta che, secondo le circostanze, l'incidente che si propone sempre avanti il giudice del petitorio possa essere *riunito al merito*.

2. Da cotali relazioni fra il fatto e il diritto che si vengono, in certa guisa, formando nel corso della trattazione, si distacca e rimane in tutta la sua solitaria indipendenza l'azione di reintegrazione a favore di colui che soffre, in qualunque tempo, nella cosa che possiede *un attentato violento e clandestino*. In tal caso si adisce direttamente il pretore; egli è il solo giudice competente. Non parmi potersi dubitare che colle parole *attentato violento e clandestino*, non siasi fatta perfetta allusione al-

(*) Per tutto ciò che io non posso dire, rimando volentieri il lettore alle copiose discussioni dettate sopra questo punto di legislazione giudiziaria dallo Scialoja, più volte citato, specialmente a cominciare dal n° MCLXXI del *Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. II.

l'articolo 693 del Codice civile, e il concetto non sia identico.

Il pretore *rimanda le parti avanti la detta autorità*, al giudice del petitorio. Tizio (attore o convenuto, poco importa), pendente il petitorio chiude e sbarra il veicolo pel quale il suo avversario transita da lungo tempo attraverso il suo campo. Il pretore ordina la demolizione della sbarra, condanna nelle spese e nei danni. Ciò è semplicemente una conseguenza della reintegrazione, e la condanna non può esser pronunciata che dallo stesso giudice che tasserà le spese nella sentenza.

Noto quella formola significativa: *provvede per la pronta reintegrazione e rimette*, ecc., la quale mostra se non altro che il pretore deve restringersi al puro necessario per effettuare la reintegrazione. Nella indefinita varietà dei casi può concepirsi che dopo la reintegrazione di fatto, immediata, istantanea, restino conseguenze da determinarsi, altre risoluzioni da prendersi per impartire perfetta giustizia fra le parti. Reco ad esempio, che l'*attentato* siasi verificato sopra l'uso di acque irrigatorie per materiali impedimenti opposti al loro corso: il pretore fa togliere addirittura l'ostacolo e restituisce lo stato delle cose; ma intanto dall'inormale e forzata direzione delle acque è nato un disordine: le acque istesse si sono aperte un nuovo sbocco, e bisogna ordinare dei rimedii. Questo eccede la competenza del pretore; egli *rimanda le parti al giudice del petitorio* affinchè provveda come di ragione.

Nell'articolo 132 dell'ultimo Codice si leggevano queste parole: *e per ogni ulteriore provvedimento*, rimanda, ecc. Esse furono tolte nella nuova redazione. Forse perchè ivi stavano inopportune e senza senso pratico? No; furono tolte, io mi avviso, per dare più estensione al disposto; perchè non *a quel solo effetto*, ma ad altri effetti eziandio il pretore potesse rinviare le parti. Uno e massimo egli è questo, che il pretore non trovi abbastanza chiari i requisiti dello spoglio, si persuada trattarsi di semplice turbativa, e senta di non avere competenza per giudicare la questione nei termini con cui è proposta, e nelle condizioni di fatto con cui si presenta.

Articolo 445.

Il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza, e questa non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio.

Quando l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare lo importare delle condanne ottenute, il convenuto può fargli assegnare a quest'oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda.

L'assegnazione del termine è chiesta all'autorità giudiziaria davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio.

L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti, e paghi o depositi le spese.

Annotazioni.

1. Il possessorio e il petitorio non solamente non possono cumularsi avanti lo stesso giudice, ma neppure trattarsi contemporaneamente avanti giudici diversi. Ciò è stabilito formalmente nel presente articolo.

Si è detto che il principale scopo di questa famosa divisione era di determinare le posizioni di attore e di convenuto nel giudizio petitorio, e quindi a carico di qual parte dovesse incombere la prova. Se questa non è la causa della disposizione, senza dubbio è uno dei più importanti suoi effetti. Si è acutamente osservato, che non sempre questo effetto si aveva in tutta la sua pienezza; imperocchè chi ha perduto in possessorio, potrebbe nonostante, facendosi attore nel petitorio, far cadere sull'avversario il peso della prova, per esempio se fosse nel suo sistema *sostenere la libertà del fondo*, essendo presunzione che ogni fondo è libero, la prova del vincolo spetterebbe sempre all'oppugnante (Scialoja, *Commentario*, vol. I, part. II, pag. 741 e seg.). Non posso fermarmi in una questione che eccede di troppo il mio istituto; solo toccherò di passaggio *che il fatto del possesso*, che suppone l'esercizio del diritto di servitù sul fondo e la esistenza, almeno di fatto, del vincolo, potrebbe per avventura porre l'attore in condizione di doverlo

escludere. Ma si passi di ciò; diremo intanto, in via di massima generale, che, *quantunque la decisione possessoria non influisca sulla determinazione di diritto, essa attribuisce la presunzione della proprietà*, di quella proprietà che nel petitorio deve aggiudicarsi a termini di diritto, al cui giudizio non sarà sempre estranea la relazione dei fatti precedenti.

2. Questo articolo, non nuovo però nei Codici italiani, provvede a un bisogno, lungamente sentito dall'anteriore giurisprudenza; intende a tagliar via più che si possa speditamente e tronco e rami del possessorio, e ogni altro ingombro che ne deriva, sicchè non ne rimanga vestigio all'ingresso del petitorio; e può ben dirsi il bando più solenne della separazione dei due giudizi.

3. Se vi è appello dalla sentenza possessoria dura il divieto sino al termine di esso (CARRÉ in CHAUVEAU, quest. 129 bis).

4. L'attore in possessorio è pur egli subordinato a questa legge. L'ordinanza del 1667 così voleva; il Codice di procedura francese non ne parlò, e fece nascere disputazioni senza scopo.

5. *Del sequestro giudiziario in quanto sia ordinato dal giudice del petitorio.*

L'articolo 1875 del Codice civile, supplementario agli ordinamenti di procedura, dichiara che l'autorità giudiziaria può decretare il sequestro « di un immobile o di una cosa « mobile la cui proprietà o il cui possesso sia « controverso fra più persone ».

Vi è molta latitudine in questa legge; niuna autorità giudiziaria è indicata specialmente, niuna prescrizione o limite è posto al suo operare. È certo che il giudice del possessorio può in certi casi di fatto assai dubbio ordinare il sequestro. È una facoltà che nel petitorio si usa anche con maggiore frequenza e opportunità. Già innanzi alla forza del diritto il possesso vacilla; se il diritto è di subito provato, se io produco un titolo luminoso di acquisto, in presenza del quale il possesso del mio avversario è una usurpazione patente, segnatamente se si aggiunga il mal uso ch'esso fa del fondo, la mala cultura, ecc., il giudice nomina un amministratore giudiziale che raccolga i frutti e amministri per chi di diritto: è il sequestro. Con ciò, a rigor di termini, non si revoca la sentenza del possesso, ma se ne modificano gli effetti *secondo la natura stessa di tali sentenze che vengono più o meno, e come di ragione, influite dal giudizio del diritto.*

6. *Della influenza della sentenza possessoria sul petitorio.*

La sentenza riportata in giudizio meramente possessorio, se non concerne che reintegrazione di spoglio, non offre a favore del reintegrato la menoma presunzione di diritto. Non così quella di manutenzione e conservazione del possesso, che ha avuto la sua base in considerevoli elementi giuridici. Con tutto questo *non è propriamente un giudicato* che in qualche modo faccia forza e ponga ostacolo alle risoluzioni di diritto; pel giudice del petitorio è un fatto piuttostochè un giudicato, un fatto bensì autorevole, ma nulla più; e valga questo, che se il convenuto provasse un lungo e tranquillo possesso, quantunque non segnalato da verun successo giudiziale, e tanto incontrastato che non ebbe neppur bisogno di sentenza di manutenzione, presenterebbe più o meno una presunzione a sè favorevole di proprietà. Quale importanza una tale presunzione sia per avere nel giudizio di diritto, non è ricerca di cui siano capaci le brevi pagine di questo commento: lo abbiamo detto ancora; certo è però ne avrebbe grandissima una posizione bene assicurata di possesso in una questione di prescrizione.

Il possesso è una condizione giuridica ragguardevole per la utilità che produce: nella questione della proprietà ora si dissipa innanzi alla luce sfavillante del diritto, ora si congiunge allo stesso diritto come uno de' suoi elementi, come qualche cosa che occorre alla sua completa dimostrazione.

Abbandonato dal diritto, il possesso non gioverebbe a nulla, neppure a preservare colui che apparve possessore legittimo *della restituzione dei frutti.* Le risultanze del processo di diritto protranno rendere manifesta la *continua malafede dell'antico possessore;* escluse però quelle reintegrazioni che gli furono aggiudicate direttamente ed esclusivamente per le arrecate molestie e perturbazioni dalle quali ha dovuto difendersi.

SEZIONE V.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

Articolo 446.

Quando le parti siano rappresentate nel procedimento, a norma dell'art. 156 capoverso secondo, il pretore può ordinare che compariscano in persona all'udienza da lui stabilita se riseggano nel comune, o nel mandamento, e, se riseggano fuori del comune o del mandamento, può richiedere che siano sentite, sopra fatti specificati, dal pretore del mandamento in cui hanno residenza.

Annotazioni.

Nelle cause dei pretori e dei conciliatori si hanno piuttosto mandatarii che procuratori, nel senso giudiziale della parola (articolo 156, secondo capoverso).

La individualità dei litiganti non si ricopre dalla esistenza dei mandatarii come da quella dei procuratori legali avanti ai tribunali civili e alle Corti d'appello; la *comparsa personale* è quindi nelle facoltà del giudice, che può anche delegarne l'esperimento (*V.* ANNOTAZIONI all'articolo 401).

Articolo 447.

Il procedimento davanti i pretori per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, e, trattandosi di cause commerciali, dalle disposizioni altresì del capo III dello stesso titolo, in quanto le une e le altre siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di un anno dopo l'ultimo atto.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — La legge francese del 1790 faceva decorrere la prescrizione dal giorno della citazione, e distruggeva l'azione medesima, talchè non poteva più riprodursi.

L'articolo 15 di procedura stanziò che, *pronunziato un decreto interlocutorio*, entro quattro mesi dovesse esser definita la causa. Passato questo termine, la causa *è perenta di diritto*. La perenzione di diritto è speciale nelle cause dei giudici di pace, mentre, secondo quel Codice, negli affari di tribunale occorre la istanza.

L'ultimo Codice sardo fissò esso pure una particolare perenzione nelle cause mandamentali, ma si guardò dall'appropriarsi l'incompleta ed assurda disposizione del Codice francese. Incompleta, diciamo, perchè per rendersi applicabile ha d'uopo della pronunzia interlocutoria, che non accade mica sempre, e non provvede agli altri casi. I pratici notarono questo difetto. Assurda, perchè non ogni processo probatorio può compiersi in quattro mesi senza danno della verità; e aggiungiamo illogica, mentre non colpisce la inerzia e la trascuratezza, essendochè, giusta gli scrittori della materia, fuori del caso dello interlocutorio, la procedura può allungarsi sinchè Dio vuole. L'articolo 90 dell'ultimo Codice sardo diceva: « L'istanza avanti il giudice di mandamento non proseguita sarà perenta al « compiersi dei sei mesi dall'ultimo atto ».

2. La sola mutazione cade sul termine che si protrae all'anno. È semplicemente una limitazione della legge *della perenzione d'istanza* (articolo 339 e seg.). Toltone il capoverso dell'articolo 338, la teoria si applica interamente.

CAPO VI.

DEL PROCEDIMENTO DAVANTI AI CONCILIATORI.

SEZIONE I.

Dell'istruzione della causa.

Articolo 448.

Davanti i conciliatori i giudizi sono spediti senza formalità. Le domande e le difese sono esposte verbalmente.

Annotazioni.

Tutta la procedura si presenta in compendio avanti questo prezioso magistrato, che si chiama *conciliatore* dalla sua funzione principale, da quella che conferisce alla sua missione un carattere eminentemente sociale e che si approssima alla beneficenza (*). Nell'organismo così semplificato esistono tuttavia ed hanno luogo gli elementi sostanziali del processo che il legislatore ha saputo presentare sotto una gradazione di forme che nulla toglie alla reale loro importanza. Il carattere che principalmente distingue il processo del conciliatore è la *verbalità delle domande e delle difese*. Si eccettua però la domanda introduttiva che *si fa con citazione per biglietto* (articolo 133). L'articolo 147 indica il termine. L'ultimo capoverso dell'articolo 154 esprime la facoltà di abbreviarlo, ritenute le avvertenze che abbiamo notate ai luoghi rispettivi. L'art. 37 riceve qui la sua migliore applicazione: le parti *possono comparire volontariamente*. Quindi in ogni punto dello spazio, per dir così, trovate un magistrato preposto a comporre colla sua autorità, quasi paterna, le vostre differenze; e se occorre a giudicarle sedendo fra voi, come in famiglia. Alle difese, alle eccezioni *nessun processo verbale* se non dove la legge saviamente lo esige a certi atti più importanti. Non essendo in generale appellabili le sentenze dei conciliatori, ciò spiega il non uso dei processi verbali: quando si deve render conto della sentenza, allora si deve conservare la memoria delle eccezioni e delle difese. È necessario ravvicinare a questo titolo il regolamento 14 dicembre 1865, dall'articolo 172 al 183, che non appartiene a noi il commentare, ed è cómpito di quelli che assunsero questa speciale istruzione (**).

Articolo 449.

Chi vuol porre in causa il garante deve farlo nel termine per comparire, o in quello che il conciliatore gli accordi: altrimenti l'istanza in garantia è separata dalla causa principale.

Annotazioni.

Il termine a comparire può essere talmente breve che manchi affatto il tempo, e la legge provvede. Il conciliatore, udita la domanda verbale alla udienza, differisce la causa e assegna un termine.

Se più siano i garanti, il termine è sempre uno; e sarà cómpito del convenuto fare in modo che tutti si presentino all'udienza fissata.

Porre in causa, secondo la frase particolare qui usata, non è altro che citare i terzi

(*) Uno stimabile lavoro dell'egregio avvocato Scamuzzi, pretore di Stroppiana, intitolato *Manuale dei giudici conciliatori*, si viene alacremente pubblicando dall'editore Biagio Moretti in Torino. Pochi altri lavori di questo genere sono condotti con pari diligenza, chiarezza di esposizione, e intelligenza di ciò che è necessario a una tale istruzione.

(**) Si è già annunziato il commendevole lavoro dal quale può attingersi.

onde vengano in causa. Il terzo o più terzi abitano per avventura in luoghi lontani. *Quæritur* se il conciliatore debba prestarsi a segnare le rispettive citazioni abbreviando il termine. La legge non lo dice; nondimeno, siccome, volendosi il fine non deve esitarsi ad ammettere il mezzo, e non avendo la parte autorità ad abbreviare il termine, non veggo perchè il giudice non abbia a prestarsi, semprechè, date le distanze, sia possibile senza differire di troppo la udienza. Bisogna rammentare che la chiamata in garanzia appartiene bensì alla difesa, *ma non alla difesa necessaria;* e tiene piuttosto alla economia di essa e alla utilità del convenuto, al quale rimane sempre salva l'azione. Pertanto se il termine da assegnarsi non è compatibile colla celerità del giudizio, il danno ricadrebbe incongruamente sull'attore. Nondimeno il terzo, per un invito qualunque del convenuto, potrebbe comparire volontariamente alla nuova udienza.

Non può essere applicabile l'art. 196. L'attore ne avrà cognizione alla stessa udienza.

Se il terzo chiamato in garanzia non comparisce, non si emette dichiarazione di contumacia; l'azione è riservata, e se ne parlerà in altro giudizio.

Non si fa parola *d'intervento* volontario; ma per le osservazioni fatte al precedente articolo, ogni parte sostanziale del processo civile essendo qui rappresentata nelle proporzioni convenienti, il laconismo non deve offender la sostanza, e potrà intervenire chi creda avere interesse. L'intervento volontario non alterando menomamente la marcia del processo, sarà ammesso sino alla pronuncia della sentenza, o *sino a che il giudice abbia provveduto per la pronuncia della sentenza* (*idest* abbia fissata l'udienza della pubblicazione), per l'analogia dell'articolo 423.

È noto che altra specie di chiamata in causa è quella *della controversia comune* (art. 203). Si è veduto nella procedura pretoriale una disposizione che potrebbe ritenersi non del tutto corrispondente all'indole di essa (articolo 423), e che in effetto verrebbe a prolungarla oltre il bisogno. Nel tema presente, tacendo la legge, troverei più regolare, o almeno più conforme allo spirito di questa procedura, comprendere l'una e l'altra forma di garanzia nell'articolo 449, all'effetto che la chiamata dovesse farsi sempre in quello stesso termine. Tanto più che la dizione, un po' inesatta, un po' elastica, dell'articolo 449 può comprenderle amendue.

Articolo 450.

Nel giorno stabilito per la comparizione l'attore presenta i documenti su cui fonda la domanda.

Quando il convenuto ne faccia richiesta, il conciliatore può accordargli un termine per la risposta o per la presentazione di documenti.

Il conciliatore esamina i documenti, sentite le parti nelle loro osservazioni.

Articolo 451.

Agli interrogatorii diretti da una parte all'altra si risponde immediatamente, sempre che il conciliatore li riconosca ammessibili.

Annotazioni.

L'interrogatorio avanti il giudice conciliatore si riduce alle proporzioni di una *comparsa personale;* assume la stessa indole, lo stesso carattere. Di fatti abbiamo veduto ove occorse, che l'interrogatorio si distingue dalla comparsa personale: 1° perchè è provocato dalla parte e non dal giudice; 2° perchè verte sopra fatti specifici e determinati; 3° perchè il rispondere appartiene ad una parte sola, a quella a cui l'interrogatorio è deferito. Ciò quanto alla espressione ed alla forma, che però ne discerne la sostanziale differenza. Quanto *alla relazione che la prova per l'interrogatorio* ha colle altre prove nel processo esistenti, all'articolo 206 fu d'uopo stabilire quai canoni proponga la scienza per la loro ammissibilità; ricomparendo poi la stessa istituzione nel processo pretoriale, all'articolo 424 si è dovuta rammentare quella teoria, che con minore forza ed estensione può ancora applicarsi: *essa svanisce del tutto in questa procedura.* Il conciliatore non è tenuto a indagare se questa prova faccia concorrenza con altra, e quanto prevalga. Egli non nega ad una delle parti il fa-

elle sperimento d'interrogar l'altra, se è presente, ed egli stesso può l'altra interrogare d'ufficio, e così di tratto convertire, come ho detto, l'interrogatorio *in comparsa personale*, il che può mirabilmente illuminare la sua coscienza. Vero è che l'articolo dice: *semprechè il conciliatore li riconosca ammissibili* (gl'interrogatorii), ma deve intendersi *in quanto li reputi pertinenti alla causa* e perciò ammissibili. Non scrivendo io soltanto a puro sussidio della pratica, ma anche qualche cosa a servigio dei principii, noto volentieri questo fenomeno, quella specie di degradazione, o meglio, semplificazione che un istituto giuridico può subire, pressochè insensibilmente, spostandosi, e discendendo in un'atmosfera ove la verità si cerca con mezzi meno artificiali.

Articolo 452.

Quando sia deferito il giuramento, il conciliatore ne precisa la formola, e fa risultare del giuramento prestato con processo verbale sottoscritto dal giurante, dal conciliatore e dal cancelliere.

Annotazioni.

Partendo dall'ultima osservazione, noi vediamo questa magistratura, le cui sentenze sono inappellabili quanto al merito dei giudizi (articolo 481, primo capoverso), la cui sovranità nei punti estremi si tocca con quella della Corte suprema, esistere in qualche modo in un ambiente morale, non soggetto alla censura di tribunali superiori, reggersi più colla coscienza che colla legge. Nel sistema siciliano, che ha ispirato il presente, i conciliatori *erano sottoposti alla immediata vigilanza del procuratore del re;* affrancati da tale soggezione, il loro ufficio nobilitato dalla indipendenza, è divenuto più rispettabile e insieme più grave. Talvolta gli è dato di modificare colla equità naturale il rigore del rito, come abbiamo visto e vedremo, ma questo succede quando la disciplina è accessoria, quando non si presenta essa stessa come condizione necessaria della libertà giudiziaria (*). Ma il conciliatore si trova in una posizione singolare nel tema di questo articolo. Qual è mai il suo arbitrio in materia di giuramento? Cerchiamo di soddisfare a questa delicata domanda.

Dividiamo l'argomento. *Qual è il suo arbitrio rispetto alla delazione ed ammissione del giuramento?* Qual è il suo arbitrio *rispetto alle norme del rito?*

Il giudice conciliatore *può deferire il giuramento d'ufficio*, giusta l'articolo 1374 del Codice civile: ciò è indubitato. È però suo dovere di non allontanarsi dalle regole imposte dall'articolo 1375. Passando al giuramento decisorio, quale miglior mezzo per finire le piccole questioni, i piati della povera gente, che il giuramento? Per certo esso entra fra i mezzi più simpatici, se mi si permette la parola, a tal procedura. Il giudice lo ammetterà facilmente. Si comprende che *dove il giuramento è formalmente vietato dalla legge* (articolo 1364, capoverso, articolo 1365 del Codice civile), il giudice non può infrangere il divieto; ma noi, a suo luogo e per quanto ci consente lo spazio, abbiamo lungamente ragionato degl'impedimenti che ad ammettere il giuramento decisorio può presentare lo stato delle prove acquisite alla parte che dovrebbe giurare (ANNOTAZIONI all'articolo 330). Io non credo per altro che tutte quelle regole spinose, che sono lo scoglio e insieme una necessità dei giudizi ordinarii, facciano imbarazzo in una causa di trenta lire avanti il conciliatore. Lo spirito d'equità che dirige siffatti giudizi deve determinare una giurisprudenza conforme: quelle regole giuridiche si muteranno pel conciliatore in regole di prudenza, in consigli della ragione.

Il rito ha qualche cosa di più severo. Il rito giuratorio è principalmente *subbiettivo:* protegge la libertà di coscienza in chi deve giurare nel tempo stesso che la tiene in freno col vincolo del giuramento; tende insomma allo scopo della verità. Quindi la legge del Codice civile, anche dove parla del *riferimento* (articoli 1367, 1370) dev'essere osservata. Il giuramento diventa una obbligazione immodica quando non possa essere riferito all'avversario. Ciò non riguarda direttamente la legge del rito, ma esige rispondenza nella procedura per esser attuato.

Poniamo qui alcune brevi norme.

a) Della formola. Il nostro articolo dice

(*) Libertà giudiziaria derivante dalla disciplina, come può essere? Quando la disciplina è necessaria al compiuto esercizio dei diritti rispettivi delle parti.

che il conciliatore *la precisa*. Egli dunque non la propone nè può proporla: è atto di parte. *La formola è scritta*. Che possa proporsi verbalmente, nessun dubbio se si concede avanti il pretore (articolo 425), ma, come ivi si dichiara, *è ridotta in iscritto nel processo verbale della causa*. Il deferente, o un suo mandatario specialmente abilitato, sottoscrive la stessa formola o il processo verbale. Questo è indispensabile affinchè consti della volontà sua e del fatto. Bisogna sentire le opposizioni dell'altra parte ch'essa farà all'udienza, onde non si ammette veruna notifica. Sentite le parti, è allora che il giudice *precisa la formola*.

b) La risposta non si darà nella stessa udienza. La improvvisazione di una risposta giurata ripugna allo spirito generale del Codice. Più, in questo termine potrà la parte alla quale è deferito il giuramento dichiarare *di volerlo riferire* all'altra parte, se pure non lo ha dichiarato nella stessa udienza.

c) Se la parte ricusi di giurare, o *non si presenta*, se non giustifica legittimo impedimento, soccombe; quindi ha luogo la piena applicazione dell'articolo 225.

d) Della prestazione del giuramento. Niuna parte può omettersi del rito sacramentale stabilito nell'articolo 226.

Articolo 453.

Quando occorra di esaminare testimoni, il conciliatore stabilisce l'udienza per l'esame. I testimoni sono sentiti separatamente, previo giuramento, ancorchè allegati a sospetto; salvo a tener conto dei motivi di sospetto nell'apprezzarne le deposizioni.

Se i testimoni siano necessari, e per impedimento legittimo non siano intervenuti all'udienza, il conciliatore ne può differire l'esame per pochi giorni.

Articolo 454.

Quando il conciliatore stimi conveniente di sentire altri testimoni, fare una verificazione, od ordinare una perizia, dà le occorrenti disposizioni con ordinanza stabilendo il giorno e l'ora in cui si dovrà eseguire l'atto ordinato.

Nello stesso modo nomina un altro perito, se una delle parti alleghi a sospetto il primo per motivi fondati.

Annotazioni.

È notevole la differenza che passa fra questo e gli altri procedimenti *per quanto riguarda la iniziativa dell'esame testimoniale*. Esso è sempre proposto dalla parte cui interessa; la stessa regola è tenuta nei giudizi pretoriali (articolo 426). L'articolo 453 si esprime in un modo generico: *quando occorra di esaminare*, ecc. Più esplicito è il seguente: *quando il conciliatore stimi conveniente di sentire altri testimonii*... Da ciò una conseguenza ben semplice e ben grave, attesa la sua novità, che il conciliatore, non altrimenti che un presidente delle Assise (*servatis servandis*), *ha un potere discrezionale di sentir testimonii*, indipendentemente cioè dalla istanza delle parti o di aggiungerne. Dal discorso delle parti, dalle rispettive loro contestazioni egli raccoglie che giovi sentire il mediatore, per esempio, che trattò l'affare, gli ordina che si presenti a lui nella prossima udienza e la cancelleria lo invita con un biglietto. Verificazioni, perizie, ricerche prudenti allo scopo della verità è in poter suo di ordinare, senza formalità, prontamente, a grado suo.

Quanto ai testimonii, la legge impone due sole formalità: *esame separato; giuramento*. (L'articolo 59 del Codice siciliano non esprimeva che la prima; ma l'altra, io credo, era sottintesa.) Le facoltà del giudice non si estendono sino ad invertere i requisiti essenziali della prova, quanto dire sino a renderla inabile alla dimostrazione della verità che è il suo oggetto.

Il conciliatore è libero conoscitore della materia dell'esame; udite le parti, egli dirige le interrogazioni; le parti possono essere presenti.

L'allegazione in sospetto dei testimonii non lo arresta: egli ha inteso le osservazioni contrarie, le accoglie nell'animo, non risponde, ma libra eqnamente le deposizioni, ne tien conto, apprezza e decide colle impressioni della coscienza come il giurato.

Sono venuto spesso accennando che in mezzo

a questa sua libertà, il conciliatore deve rispettare le norme essenziali della prova; quelle intendo che la legge ha riputate tali. Sarà quindi per lui inviolabile il disposto dell'articolo 236.

Il *sospetto del perito*, a differenza di quello del testimonio, impone talvolta di licenziarlo e nominarne un altro. Ciò è nella natura delle cose. I testimonii non nascono a volontà: il perito si può scegliere.

Difficilmente si ordinerà una seconda perizia per non aggravare la spesa: non deve però esser vietato; più spesso il giudice domanderà schiarimenti al perito.

Come si ritiene sempre dato il mezzo *sine qua jurisdictio exerceri non potest*, il testimonio che non si presenta potrà essere soggetto alla coercizione dell'articolo 239, salvo che l'ammenda non sarà maggiore di lire 5 (articolo 464, capoverso ultimo).

Io credo che due formalità siano necessarie ad osservarsi rispetto ai periti: 1° Quella dell'articolo 253, capoverso primo. Tanto più in un giudizio famigliare che va *de bono et æquo*, come dicono; all'udienza il giudice domanderà se le parti vogliano concordarsi nella persona del perito: ciò basta; 2° Quella dell'art. 259, capoverso: *il giuramento del perito*. È di rigore che non possano nominarsi periti quelli che non sarebbero ammissibili come testimonii (articolo 254).

Articolo 455.

Non si fa alcun atto o processo verbale dell'istruzione, eccettuati i casi indicati negli articoli precedenti, e quello in cui sia impugnato come falso un documento.

In quest'ultimo caso il conciliatore provvede a norma dell'articolo 406.

Annotazioni.

1. Nel solo caso del giuramento decisorio si richiede il processo verbale, ossia la storia completa della operazione giudiziale. Qui viene in buon punto l'art. 675 del regolamento (14 xbre 1865) a mostrare che la cancelleria del conciliatore non è *tabula rasa*, come sembrerebbe da questo articolo, ma è sistemata e provvista di più ordini di registri, fra i quali il registro *D*, che tien conto *anche dei semplici atti e delle dichiarazioni*. *Semplici atti* si diranno quelle risoluzioni ordinatorie che non hanno il vero carattere di ordinanza, e proprio di questa procedura; nel linguaggio regolamentare per *dichiarazioni* non possono intendersi che *atti di parte*; in questo senso di fatti si usa lo stesso vocabolo nell'articolo 192, n° 2 del regolamento. Si ricordi che la esenzione del processo verbale, di atti e registri che ne facciano memoria, non *riguarda che la istruzione*. Non si può mai ritenere che un processo qualunqno manchi di dati, di memorie autentiche a cui riferirsi almeno nelle cose più importanti. Avviso però che il cancelliere terrà conto di quelle *dichiarazioni* che le parti crederanno di affidare al registro di cancelleria, facendone verbale domanda al cancelliere. Fa senso che non si parli affatto di *processo verbale d'udienza*. Non vi sarà cancelliere che abbia il coraggio di omettere un simile atto, qualsiasi il nome con cui si voglia chiamare; e vi si troverà almeno indicata la causa, il giorno della udienza e la risoluzione adottata dal giudice al chiudersi di essa. Posto che ciò è elementare di ogni processo; posto che la legge in ciò che tace o non ha voluto dire, o ha dimenticato, si riferisco specialmente al procedimento pretoriale, si ha quanto basta per concludere che la redazione del processo verbale d'udienza, nei suoi dati principali, non può essere omessa.

2. Sulla remissione del documento impugnato di falso mi riporto a quanto ho detto all'articolo 406.

Ricusazione del conciliatore.

L'art. 65 del Codice siciliano in questo proposito disponeva: « La incompetenza o la ri« cusa del conciliatore non sospenderà il corso « del giudizio, quando egli creda che l'una o « l'altra non sia giustamente proposta; ma « dovrà spiegare con semplice atto (*) i mo« tivi e trasmetterne copia al regio procura« tore. Non potrà eseguirsi (cioè *pronun« ciarsi*) la sentenza definitiva finchè il tribu« nale non deliberi sulla eccezione ». Il nostro Codice invece non parla di questa come

(*) Da ciò si scorge che questa dizione — *semplice atto* — in materia di conciliazione, fu per noi tolta dal Codice siciliano, come in gran parte abbiamo presa la istituzione.

non parlò della ricusazione del pretore. Ne aveva già parlato, ecco il motivo; ne aveva parlato in quella parte in cui il diritto della ricusazione è stato diligentemente sistemato. Ivi si è divisato ciò che riguarda il conciliatore (art. 120, capoverso). È una delle lodi del nostro Codice l'avere ovviato alle ripetizioni, ai ritornelli, non rimestando ad ogni variarsi del procedimento quegli ordinamenti che devono stimarsi generali e cardinali nel sistema. Qui potrà domandarsi, in relazione al testo siciliano, se *il conciliatore debba istantaneamente fermarsi a fronte della ricusa*, ovvero sino a un certo punto non darsene per inteso e restare in seggio. Questo sarebbe invero un privilegio del conciliatore, privilegio che alcuno vorrebbe scusare dicendo che trattasi di piccoli affari e di cause le più celeri e brevi. Non altro di fatti sembra lo spirito del Codice siciliano. Inutile riflesso per noi, mentre ogni giudice ricusato è soggetto a questa legge — *dal giorno della comunicazione rimane sospeso il corso della causa* (art. 124, capoverso). Il pretore, che deve conoscere del merito della ricusa, nomina altro giudice (ivi), che sarà il *conciliatore viciniore*, secondo l'art. 31 del decreto sull'ordinamento giudiziario, 6 dicembre 1865.

SEZIONE II.

Dell'incompetenza.

Articolo 456.

L'azione d'incompetenza (*) proposta da una delle parti non sospende il corso del giudizio, se il conciliatore non la creda fondata. In questo caso il conciliatore deve spiegare i motivi del suo avviso con semplice atto, e trasmetterne copia al pretore del mandamento, il quale pronunzia sull'incidente.

La sentenza definitiva del conciliatore non può eseguirsi finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Quando il pretore dichiari l'incompetenza, il giudizio davanti il conciliatore si ha come non avvenuto.

Annotazioni.

O la incompetenza che una delle parti oppone sia assoluta o relativa, il conciliatore *se non la crede fondata* passa oltre e giudica il merito; e in ciò il metodo non ha nulla di straordinario. Tuttavia nel rispetto della incompetenza egli cessa di esser sovrano nella sua piccola giurisdizione, e rende conto del fatto suo. Espresso in *semplice atto*, con una specie di rapporto in via interna e amministrativa, subordina al pretore del mandamento il suo avviso. La manifestazione del giudice *per semplice atto* rimane nei registri di cancelleria (art. 175 del Regolamento, lettera D); è di questo stesso che si spedisce copia al pretore.

Articolo 457.

Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie e i documenti.

La sentenza del pretore è spedita d'uffizio per copia al conciliatore.

Annotazioni.

Il pretore pronunzia sull'*incidente*. In qual modo? con quale procedura? con qual forma di decreto?

Le parti non sono citate nè intese (art. 66 del Codice siciliano); possono presentarsi documenti o memorie: ogni cosa si fa nella camera del pretore senza veruna forma di giudizio. Il pretore pronuncia *una sentenza*, dice

(*) Deve dire l'*eccezione* d'incompetenza, ecc.

l'articolo, dalla quale espressione nasce una questione grave.

Quando non si creda inutilmente fissato nel linguaggio della procedura il senso di quei vocaboli che ne esprimono le idee fondamentali, *per sentenza* s'intenderà sempre quell'atto complesso che consta di elementi necessarii e accidentali quali ci descrive l'art. 360 o 436 in soggetto pretoriale. La *pubblicazione* della sentenza è una delle sue parti essenziali; anzi è quella che, a rigor di parola, le dà vita. Io sono del tutto convinto che la sentenza dell'articolo 457 non sia quella dell'articolo 476; che tale appunto non può nè deve qualificarsi dove non fu processo, non citazione, non parti, non difese; *non essere sentenza* quella che non si pubblica, ma si trasmette amministrativamente da dicastero a dicastero all'uso di un dispaccio, e nulla ritiene del carattere giudiziale. Ma allora perchè si chiamò *sentenza?* Non sarebbe piuttosto un *provvedimento*, un *decreto*, o qualcosa di simile, per quella relazione che ha coi segni dell'articolo 50? Non è questione di parole, signori miei, ma di peso e sostanza; mentre, ammesso che trattasi di sentenza, e di sentenza pronunziata in secondo grado, si avrebbe quanto basta per sostenere un piato in cassazione, giusta le generali espressioni dell'art. 517. Ma non si tratta di vera sentenza nè vero appello; e *niuna forma è prescritta sotto pena di nullità*, perchè niuna forma di fatti deve osservarsi. Più che il soggetto di esame, mancherebbe alla Cassazione il terreno legale su cui fondare la sua decisione.

La *deliberazione* del pretore (io consiglio di sostituire questa voce all'altra, *sentenza*) manda in nulla tutto ciò che si è fatto avanti il conciliatore; le parti ne prenderanno cognizione in cancelleria, e l'attore vedrà come possa riprodursi avanti il giudice competente colla stessa o con diversa domanda. Il pretore si limita a dichiarare la competenza o incompetenza del conciliatore; non dichiara quale sia il giudice competente al quale abbia a rimettersi la causa.

Articolo 458.

Quando il conciliatore creda fondata la eccezione d'incompetenza proposta dalla parte, o senza eccezione di parte si reputi incompetente per materia o valore, esprime con semplice atto i motivi del suo avviso, e ne trasmette copia a norma dell'articolo 456.

Il corso del giudizio resta sospeso finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Annotazioni.

Il conciliatore, come ogni altro magistrato giudiziario, è giudice della propria incompetenza, e deve astenersi da ogni cognizione sul merito, quando si ritenga incompetente d'incompetenza assoluta. Altra delle parti può opporre questa specie d'incompetenza, come può opporla per altre cause, per ragione di territorio o di persona. Il conciliatore, che della propria incompetenza è persuaso, non pronuncia però un decreto d'incompetenza, ma semplicemente di sospensione della causa, e, come dice l'articolo, *esprime con semplice atto i motivi del suo avviso*. Egli ne spedisce copia al pretore: intanto questo suo avviso motivato, che per aver forza legale aspetta la sua conferma dal pretore, è patente alle parti nella cancelleria.

Il pretore, giova ripeterlo, non giudica *tamquam judex ad quem* in sede di appellazione. La sua deliberazione integra quella meramente opinativa del conciliatore; le attribuisce un effetto giuridico. Se la deliberazione del pretore è contraria alla incompetenza, non resta che riassumere la causa.

Articolo 459.

Quando l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti non sia stato sottoposto al pretore, o il conciliatore non abbia d'uffizio elevato l'incidente della incompetenza per materia o valore, le parti possono appellare dalla sentenza, e lo appello non ha effetto sospensivo.

La parte che intenda proporre l'appello, ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore, nel termine di giorni tre dalla notificazione della sentenza.

Digitized by Google

Il cancelliere scrive la dichiarazione, e ne consegna copia, da notificarsi all'altra parte nel termine di giorni tre successivi.

Il tutto sotto pena di nullità.

Il cancelliere trasmette immediatamente copia della dichiarazione di appello e della sentenza al pretore, osservato nel resto il disposto dall'articolo 457.

Annotazioni.

1. *La sentenza dalla quale le parti possono appellare* è la definitiva. Si è già notato che sulla questione della incompetenza il conciliatore non emette una vera pronunzia.

Ecco il solo caso in cui la sentenza del conciliatore è appellabile (art. 459).

È interessante il seguente passaggio della Relazione del ministro PISANELLI, che riguarda questo soggetto o ci mette addentro nello spirito della istituzione.

« *La sentenza dei giudici conciliatori sono, « di regola, inappellabili.* La istituzione dei « medesimi avendo per iscopo principale di « appianare le contestazioni, verrebbe meno « in gran parte il benefizio che vuolsi ripro- « mettere da una giustizia facile, non dispen- « diosa, ove le cause di loro competenza an- « dassero soggette al secondo grado di gin- « risdizione. Tenuto conto delle qualità indi- « viduali di coloro che possono essere chiamati « ad esercitarne le funzioni, non si poteva im- « porre assolutamente ai giudici conciliatori « di pronunziar sempre secondo le regole di « diritto, e di dare in ogni caso con metodo « scientifico i motivi della decisione. Quando « rimanga incerto il diritto delle parti, il giu- « dice stesso, per l'indole della sua missione, « potrà pronunziare come amichevole compo- « sitore. Nella sentenza non è tenuto, quanto « ai motivi, se non di esprimere le circostanze « ch'egli stesso riterrà influenti. Ammesso tale « sistema, ne viene di conseguenza che la sua « decisione dev'essere inappellabile. »

Una questione d'incompetenza prende tosto l'aspetto di un interesse generale; e tiene di sua natura agli ordini del diritto. Due cause ragionevoli dell'appellabilità; ma dovrò dire più avanti che nè dall'una nè dall'altra è stato mosso il legislatore.

Intanto osservo che tale facoltà è ridotta quasi al non uso dalle due limitazioni portate nel primo periodo dell'articolo.

Ivi si fanno due ipotesi. La prima che *l'incidente elevato da una delle parti non sia stato sottoposto al pretore;* l'altra che *il conciliatore abbia elevato d'ufficio l'incidente della incompetenza.* Quantunque in amendue i casi la legge faccia debito al conciliatore di sottoporre il suo avviso al pretore e gli leghi, per così dire, le mani, o col negare esecuzione alla sua sentenza (art. 456) o coll'inibirgli la pronunzia (art. 458), con tutto ciò suppone che il conciliatore abbia mancato ad ogni suo dovere; è allora che può farsi luogo all'appello.

Il sistema, tolto di peso dall'art. 67 del Codice siciliano, è alquanto ibrido. Ben si scorge che la deliberazione del pretore decide inappellabilmente la questione dell'incompetenza, o si rechi a lui in via stragiudiziale ed interna per trasmissione fatta d'ufficio dal conciliatore, o gli si presenti con atto formale dalla parte in via d'appello. Ciò adunque che sembra essere necessario, si è che debba intervenire il giudizio del magistrato superiore in fatto di competenza o incompetenza; e quindi se la parte ha sollevata l'eccezione, o il pretore non sia stato richiesto per ufficio dal conciliatore, la legge supplisce al difetto, facoltizzando la parte a ricorrere allo stesso pretore. In tal caso il pretore ne prende cognizione, senza però assumere un giudizio formale (il che merita osservazione), così disponendo chiaramente l'ultimo capoverso dell'articolo. « Il cancelliere « trasmette immediatamente copia della di- « chiarazione d'appello e della sentenza al pre- « tore, *osservato del resto il disposto dell'arti- « colo* 457 », ove appunto si vede procedersi senza forma regolare di giudizio, sebbene l'atto col quale la parte si rivolge al pretore sia disciplinato dalla legge, soggetto a nullità, e da qualificarsi vero atto giudiziario.

Qui vengono due considerazioni, l'una delle quali concerne la critica del sistema, l'altro il modo stesso di procedere.

Non c'è bisogno dell'intervento, dell'approvazione o disapprovazione del pretore, *ove il conciliatore abbia elevato d'ufficio l'incidente d'incompetenza per materia o valore* (*). Per-

(*) Mi permetto anche di protestare contro la improprietà di questa dizione. Il giudice che d'ufficio, in un modo qualunque, si dichiara incompetente, *non eleva incidenti*: egli, quanto a lui, definisce la causa.

chè adunque ora si richiede ed ora no il giudizio del pretore? Perchè il conciliatore è libero ed autonomo *quando d'ufficio si ritiene incompetente;* e in questo caso può anche trascurare le prescrizioni dell'articolo 456, quantunque si tratti d'incompetenza radicale per *materia e valore:* e invece se la incompetenza è allegata dalla parte, e l'incidente non sia stato sottoposto al pretore, si fa luogo all'appello.

La legge adunque non esige l'appello formale *in considerazione dell'intrinseca importanza di una questione d'incompetenza*, o *perchè si tratti di un giudizio di diritto*, mentre non l'ammette se si dichiara d'ufficio, e lo fa nascere da *meri accidenti* nell'altro caso.

Veniamo all'altra osservazione. *Le parti*, dice l'articolo, *possono appellare dalla sentenza, e l'appello non ha effetto sospensivo.* Non potrebbe intendersi che la sentenza definitiva pronunciata dal conciliatore. Secondo questo articolo, dovrebbe adunque attendersi tale sentenza, e non vi sarebbe il soggetto dell'appello senza tale pronunzia; anche perchè il giudice potrebbe persuadersi per le osservazioni delle parti di essere competente e definire la causa. Ma non si è posto mento che, stimandosi incompetente, il giudice *non pronunzia sentenza* nè sul merito della questione, nè sulla stessa incompetenza: dalla prima si astiene, com'è naturale; e quanto all'altra *fa un semplice atto*, ossia espone *un avviso*, che si registra in cancelleria: un avviso che non sarà mai un ente giuridico qualsivoglia se non è confermato dal pretore. Ebbene, si appella forse in tal caso, e da qual sentenza si appella?

Ecco un'altra difficoltà, o meglio difetto da noi ricopiato dal Codice napoletano, non riveduto dalla critica del redattore.

Posta questa condizione di cose, io suggerirei di eccitare primieramente il conciliatore a trasmettere il suo avviso al pretore per l'adempimento dell'art. 458. Può credersi che la domanda sarà accolta, o tosto sarà rimediato. Se non si risponde, si ricorrerà al pretore, non con appello formale, *perchè la formalità dell'appello suppone la formalità della sentenza*, e qui sentenza non esiste, ma con ricorso e istanza stragiudiziale onde provvegga, siccome avrebbe fatto, per trasmissione ufficiale. Il vuoto c'è, e il consiglio non mi sembra ripugnare allo spirito semplice e facile del sistema. Che se il giudice d'ufficio si motivò incompetente, e quindi non pronunziò sentenza, nè ricorso, nè appello al pretore, è possibile, poichè il conciliatore è sovrano nella sua decisione, e bisogna rassegnarsi; salvo il promuovere un regolamento di competenza se altro giudice adito si dichiarasse pure incompetente.

2. Se la decisione del pretore, pronunziata senza veruna forma di processo, si vuol chiamare *sentenza*, non si farebbe luogo a cassazione, non verificandosi l'altro termine di un vero appello, secondo l'art. 517. Noto che la sentenza del conciliatore è soggetta a revocazione (art. 506, primo capoverso).

SEZIONE III.

Delle sentenze e della loro esecuzione.

Articolo 460.

La sentenza definitiva del conciliatore deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, le circostanze influenti, il dispositivo.

Annotazioni.

Circostanze influenti, specie di motivazione senza impegno e senza metodo razionale: semplici indicazioni.

Il conciliatore condanna nelle spese o le compensa a termini di diritto. È applicabile, per quanto lo riguarda, l'articolo 439.

Non vi essendo nè appello nè ricorso, manca la sanzione di nullità.

Articolo 461.

La spedizione della sentenza si fa dal cancelliere colle forme esecutive stabilite per le altre sentenze.

Articolo 462.

Le sentenze pronunziate nei giudizi in contraddittorio sono esecutive due giorni dopo la notificazione.

Articolo 463.

L'esecuzione è sospesa se persona solvente prometta di pagare tra giorni sei la somma e le spese del giudizio.

La cauzione è ricevuta con processo verbale dal cancelliere, ed è esecutiva scaduto il detto termine, senza necessità di notificazione o di precetto, e non può in verun caso sospendersi l'esecuzione.

Annotazioni.

Sappiamo il termine dopo il quale si eseguiscono le *sentenze pronunciate in giudizio contraddittorio*. Con ciò siamo richiamati allo stato opposto a quello di contumacia, di cui nulla si dice nel testo.

In tema di contumacia, bisogna seguire le discipline ordinate nella Sezione III del Capo precedente, anche perchè ci è imposta dal susseguente articolo 464. Noi ci riferiamo intieramente alle ANNOTAZIONI sugli art. 440, 441, 442. Lasciandosi aperta la via all'opposizione, la sentenza non sarebbe eseguibile che passato il termine per far opposizione. (Intorno a ciò vedi l'art. 476).

SEZIONE IV.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

Articolo 464.

Il procedimento davanti i conciliatori, per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente, in quanto siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di mesi sei dall'ultimo atto.

Il conciliatore nell'esercizio delle sue funzioni non può infliggere pena maggiore dell'ammenda di lire cinque.

Annotazioni.

1. *V.* l'articolo 447, capoverso, e le ANNOTAZIONI relative.

2. Per casi di ammenda che il conciliatore può infliggere, si ricordano gli art. 41, 243, 239.

TITOLO V.

DEI MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

OSSERVAZIONI GENERALI

« Parlando dei procedimenti giudiziarii fu delineato il quadro di un giudizio in tutte le « sue fasi, e vennero allora indicati i mezzi che il progetto ammette per impugnar le sen- « tenze. Essi sono l'opposizione, l'appellazione, la revocazione, la opposizione di terzo e il ricorso « per cassazione » (*Relazione* PISANELLI). Anche questa parte rilevantissima del sistema giudiziario viene a ricevere un organamento molto più avanzato. Può disputarsi se l'essersi fatto rientrare in quest'ordine la *opposizione* contro le sentenze contumaciali sia rigorosamente logico, come appare a primo tratto. Certo in linea di metodo la *opposizione* è spostata dalla sua base, che è il processo contumaciale; e questo non è nè naturale nè comodo alle applicazioni pratiche. È pure da osservarsi, che tutti gli altri rimedii di varia efficienza contenuti nella categoria delle impugnazioni, feriscono sentenze nel loro genere perfette e irretrattabili; laddove la sentenza contumaciale racchiude il germe della sua dissoluzione, e si riduce alla non esistenza per un difetto intrinseco, vale a dire per quella condizione di risolubilità che contiene. La riabilitazione dell'istituto che si chiama *opposizione del terzo*, che ha fatto la sua buona prova in altri Codici, onora le vedute del legislatore.

Articolo 465.

I mezzi per impugnare le sentenze sono ordinari o straordinari.

I mezzi ordinari sono l'opposizione e l'appellazione.

I mezzi straordinari sono la rivocazione, l'opposizione del terzo, e il ricorso per cassazione.

L'accettazione espressa o tacita della sentenza importa rinunzia al diritto d'impugnarla.

Annotazioni.

1. Io recherei umilmente fra tanto senno la mia opinione, che vorrebbe bandite le distinzioni di mezzi *ordinarii* e di mezzi *straordinarii*, se non dal campo delle teoriche, almeno dal Codice, per la imprecisione del concetto significato, per soverchia astrazione, e per gli equivoci che preparano in conseguenza. Tutto ciò che si svolge nell'ampio tramite di una procedura, dev'essere logicamente coordinato e tendere armonicamente al fine, che è la cognizione della verità e la giustizia; quindi è difficile concepire lo straordinario (*extra ordinem*). Di fatti, secondo il concetto antico, straordinario dicesi quel *remedium juris* che esorbita, *adversatur juri communi*, e si concede per privilegio, come la *restitutio in integrum*, o ritiene i caratteri di un *jus singulare* ed eccezionale nell'ordine generale del diritto, *contra rationem juris receptum est*. Onde praticamente si dedusse la interpretazione restrittiva e contraria ad ogni estensione, *non est producendum ad consequentias;* e si fece tacere in certo modo il principio di diritto per seguire ordinamenti particolari: *in his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.*

2. *Dei fatti inducenti o non inducenti accettazione.*

L'accettazione della sentenza partorisce la

Digitized by Google

inappellabilità, fa passare la sentenza in giudicato. « Ad solutionem dilationem petentem « acquievisse sententiæ manifeste probatur, « *sicut cum qui quolibet modo sententiæ acquie-* « *verit*, nec enim instaurari finita rerum judi- « catarum patitur auctoritas » (Leg. 5 Cod. de re judic.) (*).

a) L'accettazione di un giudicato può esser espressa o tacita; può risultare da una dichiarazione *in una forma qualunque*, o da fatti. Qualche scrittore, in un tempo alquanto arretrato, ha stimato che l'accettazione di una sentenza, atto eminentemente pubblico, non potesse provarsi per testimonii (TALANDIER, n° 88, *Répertoire du journal du palais*, V. *Acquiescement*, n^i 195, 196). Egli aveva torto. Non si tratta di provar nulla contro la sentenza: si tratta di provare un atto della volontà, e di una volontà a quella conforme e consenziente.

b) L'accettazione della sentenza, *pura e semplice, non ha d'uopo della controaccettazione dell'altra parte*; perchè il rinunziante all'appello è nel suo diritto.

Se la sentenza contiene parti favorevoli all'avversario, la mia accettazione non lo pregiudica, non lo lega in alcuna maniera; ecco perchè l'accettazione non ha bisogno di essere accettata.

Essendo l'accettazione un atto autonomo della mia volontà, posso emetterlo sotto condizioni; per esempio se dentro tre giorni mi avrete pagata la somma promessa; le condizioni dovranno essere rispettate come limite della mia volontà.

c) « *L'acquiescenza implicita può risul-* « *tare da ogni atto o fatto dal quale si possa* « *dedurre con sicurezza il proposito di accet-* « *tare il giudicato e di rinunziare all'appello* » (PISANELLI, *Commentario al Codice sardo*, vol. IV, pag. 102).

Il migliore criterio che possa adottarsi è questo: se *i fatti siano inconciliabili* colla volontà d'impugnare la sentenza (Cassazione 2 luglio 1859, BETTINI, vol. XI, part. I, pag. 617; Corte di Torino, 1° aprile 1859, BETTINI, vol. XI, part. II, pag. 325). La sola notificazione della sentenza, generalmente parlando, non induce acquiescenza, come diremo un po' più sotto; ma se oltre questa la parte soccombente facesse atti per la sua esecuzione, senza dubbio sarebbe inconciliabile colla volontà d'appellare (Cassazione, 9 luglio 1859, BETTINI, vol. XI, part. I, pag. 618; Cassazione, 23 aprile 1856, BETTINI, vol. VIII, part. I, pag. 169). Quindi l'acquiescenza è una *questione di fatto* (**).

d) *Non vi ha accettazione se non è volontaria e spontanea.* La giurisprudenza è costante e volgare in questa materia. Egli è a vedere se l'agente fosse mosso da altro scopo, se operasse sotto la impulsione, non diremo *di una vera necessità*, ma di un giusto timore di un pericolo e di un danno facendo altrimenti (ciò fu bene espresso nella decisione di Cassazione del 13 febbraio 1857, BETTINI, vol. IX, part. I, pag. 191; e nell'altra 22 giugno 1859, BETTINI, vol. XI, part. I, pag. 562). Non si reputa atto volontario il pagamento delle spese sotto la forza di un atto di comando (Corte di Torino, 2 luglio 1858, BETTINI, vol. X, part. II, pag. 692), nè il pagamento delle spese dopo sofferto il pignoramento (Cassazione 11 dicembre 1857, BETTINI, vol. IX, part. I, pag. 856).

Sul pagamento delle spese dopo la sentenza di condanna vi è qualche discordia nella giurisprudenza (in senso affermativo d'acquiescenza, Cassazione 7 dicembre 1857, BETTINI, vol. IX, part. I, pag. 572; — in senso diverso, Cassazione 18 marzo 1854, BETTINI, vol. VI, part. I, pag. 426). Il pagamento senza riserva delle spese di una sentenza appellabile esprimerebbe accettazione, se non concorresse qualche circostanza che muovesse a credere il contrario; ma è sempre pericoloso in questa materia il decidere in astratto questioni specifiche.

e) *La notificazione della sentenza non è necessaria a costituire il fatto di acquiescenza.* Dal momento che esiste, la sentenza è accettabile, la rinunzia dell'appello è possibile. Allorchè l'atto o il fatto *si riferisce a quella in modo evidente* (senza che non potrebbe concepirsi la rinunzia all'appello), se ne presume la cognizione (Corte suprema di Napoli, 13 marzo 1851, ALBISINNI, vol. IX, pag. 275).

f) *Quando una sentenza contiene più atti distinti*, che vale un complesso di sentenze

(*) Alla tradizionale parola *acquiescenza* la nuova redazione surroga *accettazione*. È una voce di buon conio, e certo non merita di essere espulsa dal Codice. Nulladimeno in questo caso *accettazione* sembra avere dell'esplicito e dell'espressivo più che non bisogni. Nel puro linguaggio del diritto romano si usò *acquiescenza* come dal testo sopra trascritto. L'*acquiescenza* importa l'*accettazione*, ma non è propriamente accettazione; e sta come la causa all'effetto. *Acquiescenza*, in genere, esprime meglio quell'adesione tacita che risulta dai fatti.

(**) Per mantenere la proposizione ne' suoi giusti limiti reco qui un brano di una decisione della Corte suprema che li determina: « Attesochè sebbene la questione sulla *intenzione* sia una questione di fatto, il « cui esame rientra nelle attribuzioni esclusive della « Corte d'appello, la Corte di cassazione ha nondimeno « il diritto di esaminare e riconoscere *se i fatti ritenuti* « *come costituenti l'acquiescenza importino o no*, come « conseguenza giuridica, *la stessa acquiescenza* » (Cassazione, 10 gennaio 1858, BETTINI, part. I, pag. 26).

distinte, *l'accettazione di un capo non inchiude quella dell'altro o degli altri* (Corte suprema di Napoli, 30 luglio 1850, *Gazzetta dei tribunali di Napoli*, pag. 627; Cassazione 25 giug. 1850, BETTINI, vol. XI, part. I, pag. 410; 21 luglio 1859, vol. XI, part. I, pag. 717).

g) Delle proteste e riserve. In genere la riserva di appellare è di grande efficacia, ed ho veduto quasi sempre i tribunali ravvisarla come utile e salutare manifestazione dell'animo dell'agente. Tuttavolta in qualche evenienza è così parlante il fatto dell'accettazione, che il *reservatio contra factum non valet*, ha tutta la sua forza, e la riserva torna inutile.

h) Per regola generale non si ritiene atto di acquiescenza l'atto posteriore alla interposta appellazione o all'interposto ricorso; perchè allora inchiuderebbe un atto di più, *la rinunzia.* Così ebbe a decidere recentemente la nostra Cassazione, concorrendo io pure nel voto sul ricorso Urbano-Meconi, 11 gennaio 1865.

i) Se la notificazione della sentenza senza riserva valga acquiescenza.

La giurisprudenza è stata oscillante. Una singolare discrepanza si è verificata in questa regione subalpina fra la Corte di Torino e la Corte suprema. Decise la prima che la notificazione della sentenza senza riserva costituisce acquiescenza; ma la sua decisione venne annullata dalla Corte di cassazione (26 febbraio 1857, *Gazzetta dei tribunali*, part. I, pag. 147). Tuttavia la Corte di Torino non mutò avviso, e lo espresse con maggior vigoria in altra decisione pronunciata non guari dopo, cioè nel 18 maggio 1857 (*Gazzetta dei tribunali*, part. I, pag. 382), e nel 28 luglio dello stesso anno (*Gazzetta dei giuristi*, pag. 576), *purchè alla notificazione della sentenza non segua contemporaneo l'atto d'appello* (sentenza 4 luglio 1857, *Gazzetta dei tribunali*, part. II, p. 753). Altre decisioni conformi possono citarsi in altre Corti del Piemonte e di Napoli.

La giurisprudenza francese professa lo stesso principio *relativamente all'appello principale*, concorde anche nell'ammettere la facoltà dell'appello incidente (*Répertoire du journal du palais*, v° *Acquiescement*, n° 346, ecc., BIOCHE, v° *Acquiescement*, ecc.; TALANDIER, n° 130, ecc.). La quale distinzione era già comune anche nella giurisprudenza italiana.

Con tutto ciò, la questione *se la notificazione della sentenza fatta senza riserva valga accettazione* è ben lontana dall'essere risoluta: o la è nel senso contrario. Tale è certamente lo spirito della giurisprudenza della nostra Cassazione (10 gennaio 1853, BETTINI, vol. VI, pag. 24; 24 febbraio 1858, BETTINI, vol. X, part. I, pag. 861); e tale è la ragione. La ragione persuade che da questo lato è la verità; il PISANELLI lo ha dimostrato con quell'ampiezza che a me è negata, nel *Commentario*, vol. IV, pag. 112, 113. Io approvo interamente i suoi motivi come le sue conclusioni; voglio che mi bastino questi pochi riflessi: — che la notificazione della sentenza non racchiude nè espresso nè implicito un significato di rinunzia all'appello; che ogni rinunzia come atto dannoso a cui l'uomo difficilmente devlene, dev'essere concludentemente provata; che la notificazione della sentenza prova una cosa sola, l'interesse che si ha di continuare il processo; la notificazione mette tanto alla esecuzione quanto all'appello; chi notifica la sentenza può fare di poi l'uno o l'altro, può eseguire la sentenza, e in questo modo l'accetta; può invece appellare, e allora l'impugna; quando non si sa ancora quello che uno voglia fare, si comincierà dal proclamare che egli ha già rinunciato?

l) L'eccezione di acquiescenza dev'essere opposta, non può elevarsi d'ufficio) MERLIN, quest., v° *Acquiescenza*, § 4; PISANELLI, *Commentario*, vol. IV, pag. 116).

3. *Quando l'accettazione della sentenza non è giuridica nè efficace.*

Diremo poche parole su questo argomento, e non faremo che additare due regole:

1ª *Regola.* Che l'accettazione della sentenza, essendo una vera convenzione, richiede la capacità che a costituire qualunque convenzione valida è necessaria. Quindi il procuratore della causa, il tutore, la donna maritata, ecc., devono essere legalmente autorizzati;

2ª Che la sentenza decidente *su le materie non suscettibili di convenzione*, non si conferma mediante accettazione: in altri termini, la rinuncia all'appello non obbliga il rinunciante.

Mi giova riportare questo brano del CHAUVEAU: « L'acquiescement à des jugements rendus sur des pareilles matières serait nul et « sans valeur, comme tout contrat par lequel « il serait dérogé aux lois d'ordre public, ou « qui serait fondé sur toute autre cause illi- « cite; ainsi l'on ne pourrait valablement ac- « quiescer à un jugement rendu sur une ques- « tion d'incompétence, *ratione materiæ*, ou à « celui qui prononcerait la nullité d'un ma- « riage, ce prétendu acquiescement n'empêche- « rait pas que la partie qui l'aurait donné fût « recevable à interjeter appel » (articolo 444 del Codice di procedura francese). La dottrina è pure insegnata dal PIGEAU, MERLIN, TALAN-

DIER, FAVARD DE LANGLADE, e da PISANELLI nel *Commentario*, ecc.

Ognuno troverà molto semplice che l'appello possa sostenersi, malgrado l'acquiescenza, in materia d'*incompetenza assoluta;* il giudice, investito di giurisdizione dall'appello, pronuncierebbe d'ufficio. Rispetto alle altre materie, possono farsi due obbiezioni: 1° Che l'art. 465 è generale, e non esclude veruna sentenza capace di appello; 2° Che è sempre in facoltà della parte soccombente eludere il preteso divieto, non interponendo o lasciando cadere in deserzione l'appello.

La prima obbiezione è assai grave; tanto più grave che la teoria francese era piuttosto un portato logico che legislativo, non ostando alcuna espressa e generale disposizione di diritto, e noi siamo regolati da una stessa legge. Aggiungasi il silenzio pressochè intero della nostra giurisprudenza su questo argomento. Nondimeno, osservato che, ove il Codice non immuta lo stato della scienza con determinazioni espresse, si dee ritenere averlo rispettato; e poichè quella dottrina, e per la moralità da cui è ispirata e per la sua rispondenza coi principii fondamentali della legislazione (articolo 1116), è solidamente stabilita, non può stimarsi omai colpita di riprovazione dal legislatore della procedura. Non saremo noi che vorremo bandirla dal fôro, ma è ben d'uopo limitarla *a quei subbietti che sono strettamente d'ordine pubblico*, o che qui non posso descrivere.

La seconda obbiezione, più speciosa e insieme più volgare, proverebbe troppo. In quanti casi non è lecito rinunciare all'appello, e tuttavia si può ometterlo e produrre lo stesso effetto! Il Ministero pubblico non può rinunciare all'appello nelle cause penali, ma potrà anche non interporlo: *in ommittendo præjudicat non in committendo.* La convenzione ha qualche maggior effetto perchè coarta eziandio e rende inutili i termini accordati dalla legge. Ma la ragione più sicura dovrebb'esser questa, che la *inviolabilità di un principio si offende da una convenzione contraria; mentre gli atti negativi sono facoltativi* e non offendono verun principio: l'appello è facoltativo, generalmente parlando, e chi non usa di un diritto non viola il diritto.

4. « *La esecuzione anche volontaria dei provvedimenti di mera istruttoria* non reca pregiudizio al diritto ed alle ragioni di chi voglia appellare da una sentenza posteriore » (articolo 533 del Codice sardo del 1859). Questa norma rimane come un principio della scienza e non occorreva ripeterlo.

5. *Dell'acquiescenza del garantito.*

Se pregiudichi al garante e gli tolga la facoltà di appellare, è questione seria. Per l'affermativa è riflessibile che il convenuto non ha diretti e proprii rapporti che coll'attore. Se l'attore rinunzia all'appello, come non dovrebbe il convenuto esser pago o tranquillo sull'esito del giudicato? Ma primieramente sta in contrario la patente autorità del diritto romano: *Igitur et renditoris fidejussor appellabit, licet emptor et venditor acquiescant* (Leg. 5 Dig. de appellat.). È pure in questo senso la giurisprudenza (DALLOZ, *Rec.* 1849, p. 189; MERLIN, quest. 5, v° *Acquiescement*, § 22); e possono vedersi nella raccolta del BETTINI non poche delle nostre decisioni.

6. *L'acquiescenza di uno dei debitori in obbligazione indivisibile e solidale* non pregiudica ai coobbligati, sebbene il fatto utile giovi a tutti loro; il rinunziante però nuoce a se stesso.

Articolo 466.

I termini per impugnare una sentenza sono perentori; la decadenza ha luogo di diritto, e deve pronunziarsi anche d'uffizio.

Annotazioni.

1. Richiamo l'articolo 46. La legge ha voluto farne una speciale e quindi tanto più energica applicazione.

2. La presente redazione ha lasciato fuori la riserva solita degli altri Codici — *salvo alla parte il regresso contro chi di ragione.* È infatti una superfluità e quasi transito a idee d'ordine diverso. Esiste nel diritto; non è mestieri di riserva.

3. **Questione.** — *Se la prosecuzione della causa in merito sani il difetto della decadenza già incorsa* (dall'avversario), *nella ipotesi che l'appello sia stato interposto, ma fuori del termine.*

La sentenza affermativa conta fra gli scrittori francesi degli ardenti propugnatori; e tutti avanza il CHAUVEAU. Egli ha consacrate più dissertazioni a combattere il CARRÉ, fautore della contraria (quest. 739, 6 § 4, n° 2, 3, anno 1593, 1612). Egli dice che se la eccezione

della cosa giudicata non sorgesse che dallo spirare di un termine di opposizione o di appello, quegli, a cui beneficio è indotto, può rinunziarvi; come si rinunzia alla prescrizione (conforme l'articolo 2112 del nostro Codice civile), non essendo infine che una eccezione della stessa natura. La Corte di Torino avendo pronunciato (6 luglio 1808), trattarsi *d'incompetenza assoluta*, opponibile quindi in ogni stato di causa, il CARRÉ si fece forte di questo postulato, scorgendovi una eccezione d'ordine pubblico sulle luminose vestigie di MERLIN (*Question du droit*, v° *Appel*, § 9): autorità che di poi venne a mancargli, come avverte il CHAUVEAU. Imperocchè il MERLIN nel tomo x delle *Addictions* dichiara che nel tempo di quelle sue conclusioni non era ancora emanato l'articolo 2223 del Codice Napoleone sulla prescrizione. Nega recisamente il CHAUVEAU al giudice la facoltà di dichiarare d'ufficio la decadenza dell'appello. Egli non intende donde possa il giudice ricavare con sicurezza i dati di fatto che gli sono necessarii. Il dotto e infaticabile scrittore si trova alle prese con altri valorosi, BOITARD, PIGEAU, PONCET, DALLOZ; ma stanno con lui TOULLIER (tom. x, n° 74), TALANDIER, BIOCHE (v° *Exception*, n° 187), RODIER, FAVARD DE LANGLADE ed altri. La Cassazione francese oscillò fra contrarie sentenze; nel 1850 decise che si *tratta della esistenza della giurisdizione;* che in effetto la Corte mancava di giurisdizione, non essendo stata regolarmente investita dopo il decorso dei termini per appellare; che *la questione è di diritto pubblico* e sfugge alla volontà delle parti. Mostrò che *le decadenze non possono uguagliarsi alla prescrizione:* le prime *essere ingiunzioni della legge per regolare il modo di esercitare le azioni ed il tempo in cui devono essere esercitate; essere stabilite di una maniera assoluta, perchè non tolgono nessun diritto acquistato; e le facoltà che ritirano sono concessioni della legge, delle quali si perde il vantaggio a profitto dell'interesse pubblico se non se ne sia usato nel termine legale* (2 aprile 1850). Si citano di poi altre decisioni conformi (DALLOZ, *Rec.*, anno 1853). Nella collezione del BETTINI si troveranno alcune decisioni piemontesi corrispondenti. A questa sentenza si è da ultimo associato un giureconsulto di sommo valore, il quale ha esercitata sì grande e legittima influenza nella nuova legislazione, che sentendo pure nell'animo la forza di molti dubbii che rimangono logicamente insoluti, inchina tuttavia l'ingegno all'autorità (PISANELLI, *Commentario*, vol. IV, pag. 229 e seg.).

La legge nostra usa le più taglienti e decisive espressioni, e con essa non si può dubitare. La dichiarazione di decadenza *è imposta*, è inesorabilmente imposta (DEVE *pronunziarsi anche d'ufficio*). Le parti hanno discusso in lungo e in largo il merito dell'appello: la Corte decise la questione di merito. La controversia si suscita soltanto in cassazione: ebbene la sentenza è annullata *per causa d'incompetenza d'ordine pubblico ed assoluta*, annullata senza rinvio. Questa è una delle ipotesi. Altra ipotesi anche più estrema: che la parte ricorrente non accenni la nullità. L'appellazione era stata interposta un giorno dopo la scadenza del termine; ma era stato a cento doppii ricoperto il difetto dal contratto giudiziale. Il pubblico Ministero *dovrà* investigare l'obbliato difetto; e fortunatamente scopertolo, *dovrà* denunziarlo alla Cassazione, che dovrà *d'ufficio* annullare la sentenza. Una critica rispettosa e franca non può a meno di osservare che qui si è coltivata un po' troppo un'idea astratta; che il principio dell'interesse generale è alquanto esagerato; che non si è avuto il menomo riguardo ad un altro principio, non meno interessante, il favore delle appellazioni e del diritto di difesa e il doppio grado di giurisdizione; o parmi che una risoluzione meno rigida e meno assoluta non avrebbe fatto male alla giustizia (*).

Articolo 467.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza, salvo le disposizioni speciali della legge.

Il termine per l'opposizione e quello per l'appellazione decorrono simultaneamente.

(*) « On a porté la rigueur (ha detto THOMINE), jusqu'à « prétendre que les juges pouvaient et devaient d'office « prononcer cette déchéance, lors même que ne serait « pas opposée... Mais nous ne pouvons pas admettre « cette doctrine. C'est dans l'intérêt de celui qui a ga- « gné son procès, c'est afin qu'il obtienne promptement « sa tranquillité que cette déchéance est prononcée; « c'est un fin de non-recevoir qu'il peut opposer comme « la prescription; qu'il ait le droit de le faire en tout « état de cause, à la bonne heure; mais les juges ni ne « doivent ni ne peuvent, à notre opinion, suppléer « d'office une telle exception, qui évidemment n'est « pas d'ordre public. »

Annotazioni.

1. L'appello non può proporsi prima della notificazione della sentenza.

Il termine per appellare decorre anche contro la parte che fece notificare la sentenza.

Queste due norme erano consegnate all'articolo 535 del Codice recentemente cessato. Quest'ultimo ha il suo riscontro e la sua conferma nell'art. 45. Se il termine ad appellare *decorre dalla notificazione*, la prima parve enunciazione superflua.

La legge ha detto abbastanza chiaro che la sentenza non è appellabile che dopo eseguita la notificazione; può appellarsi anche contemporaneamente, mentre la importanza consiste nella cognizione legale che la parte a cui s'intima l'appello ha diritto di avere della sentenza.

Salvo le speciali disposizioni della legge (articolo 437).

2. Il secondo capoverso dell'articolo conserva la precedente disposizione (art. 241 Cod. del 1859). È noto che, secondo il Codice e la giurisprudenza francese, i termini decorrono *successivamente*. Trascorso il termine per fare opposizione alla sentenza contumaciale, ivi un nuovo periodo comincia utile ad interporre appello. Per noi è dato al contumace un solo termine per decidersi a fare opposizione o appellare; e nell'articolo 481 è stabilito *che l'appello dalle sentenze contumaciali importa rinunzia al diritto di fare opposizione*. Pare che la legge abbia voluto con ciò moderare i vantaggi del contumace; ma, forse senza pensarlo, ha prodotto l'effetto contrario. Se trenta giorni sono accordati per appellare dalle sentenze del pretore, e sessanta da quelle del tribunale civile, il contumace gode di sì lungo spazio per fare opposizione; e altrettanto spazio gli rimane per appellare dopo la sentenza contraddittoria! Il Codice francese invece non concede che otto giorni per fare opposizione. Fortunatamente è sempre in facoltà dell'attore, come si è detto o dovremo anche ripetere, il provenire lo sconcio.

Articolo 468.

Il termine rimane sospeso per la morte della parte soccombente.

Esso non riprende il suo corso che dopo la notificazione della sentenza fatta agli eredi personalmente. La notificazione entro l'anno dalla morte della parte può farsi collettivamente agli eredi, senza designazione di nomi e di qualità, all'ultimo domicilio o residenza che aveva il defunto.

Se il termine che rimane a decorrere dopo la detta notificazione sia minore della metà del termine intiero, esso è prorogato sino a questa metà.

Annotazioni.

1. Il termine dell'appello rimane sospeso *di diritto* alla morte del soccombente, e quindi non è richiesto atto di notificazione della morte.

Questa umana disposizione ripete la sua origine dalla celebre ordinanza del 1667, che abbondava però nel concedere un lasso di sei mesi agli eredi, termine che decorreva da un intimo ad appellare, e questo non poteva farsi che spirati i termini a deliberare e far inventario. Il Codice civile francese posò in principio: « I titoli esecutivi contro il defunto sono « pure esecutivi contro la persona dell'erede; « non potranno ciò nondimeno i creditori pro- « cedere alla esecuzione se non otto giorni « dopo aver fatto la intimazione di questi ti- « toli alla persona o al domicilio dell'erede » (art. 877). L'art. 447 del Codice di procedura civile si accostò all'ordinanza del 1667, dove voleva rispetti negli eredi i termini ordinarii della deliberazione e dell'inventario.

Le difficoltà che il possessore del titolo esecutivo avrebbe dovuto subire per esattamente indicare i nomi e qualità degli eredi, segnatamente in tempo prossimo alla morte del debitore, hanno consigliato la disposizione che occupa il secondo capoverso del nostro articolo. Troncandosi *di diritto*, come noi crediamo dover aggiungere, il corso del termine dell'appellazione, la notificazione è facoltativa al possessore del titolo *quoad tempus*. *Se ciò avviene entro l'anno della morte*, egli ha il duplice vantaggio di valersi del noto ed unico domicilio del defunto, e di assegnare nel suo intimo la persona morale dell'eredità, senza l'incomodo, la difficoltà e la spesa delle singole notificazioni (che dovrebbe assumere passato l'anno). Questa saggia disposizione è di origine tutta francese; noi abbiamo meglio regolati i termini. Abbiamo lasciato integra agli eredi la metà dei trenta o dei sessanta giorni se per avventura oltre la metà del tempo fosse trascorsa.

Digitized by Google

2. *Del termine a deliberare* oggi non si parla più. Sino all'ultima procedura (art. 338) era stato tenuto in conto, e ne troviamo di fatti in quell'articolo la più precisa menzione.

Tale omissione indica una ben rilevante innovazione nel sistema.

Dovrebbe forse cercarsene la causa in un mutamento avvenuto nelle sfere superiori del Codice civile? Parmi di aver notato altrove che nella legislazione dell'eredità beneficiata l'art. 964, capoverso, è una novità importante, un dettato pieno di civile prudenza. Per esso è reso in certo modo operativo quel periodo d'inerzia che i creditori dell'eredità erano costretti a subire mentre l'erede sta deliberando.

L'antichissimo precetto (*) sospendeva, in verità con poca giustizia, le azioni dei creditori perchè il deliberante non era ancora erede e la eredità mancava di rappresentante legittimo. Questa tradizione fu religiosamente osservata sino ad oggi (art. 1018 del Codice civile albertino). L'art. 964 apre un nuovo orizzonte: il deliberante, *quale curatore di diritto della eredità*, può essere vocato in giudizio, risponde ai creditori della eredità, non più tenuti a rimanersi oziosi spettatori delle sue operazioni cautatorie, spesso non senza frode tirate in lungo. Al nuovo ordinamento legislativo corrisponde il nostro art. 468. L'erede deliberante nella qualità di curatore, può interporre l'appello, senz'autorizzazione, io credo; ma certamente con essa, che trattandosi di atto conservativo otterrà facilmente dall'autorità giudiziaria (art. 965 del Codice civile).

Della eredità giacente.

Il possessore del titolo esecutivo, agendo per la notifica *entro l'anno*, non ha d'uopo di ricercare se vi sia un erede e quale sia. Dopo l'anno, addossata a lui la prova della regolarità della notifica, dovrebbe far deputare *il curatore alla eredità giacente*, giusta gli art. 980 e 981 del Codice suddetto.

Articolo 469.

Quando le parti che abbiano interesse ad opporsi alla domanda di riforma o annullamento di una sentenza siano più, la domanda si deve proporre contro tutte.

Se la domanda siasi proposta contro alcune soltanto delle parti interessate ad opporsi, il giudizio si deve integrare coll'intervento delle altre, salvo che, trattandosi di cosa divisibile, quegli che propone la domanda dichiari di accettare la sentenza riguardo a queste.

L'integrazione del giudizio può aver luogo anche dopo la scadenza del termine stabilito per proporre la domanda di riforma o di annullamento.

Annotazioni.

Anche questo articolo presenta una novità assai meritevole di esame.

Non occorre avvertire che le enunciazioni di questa parte del Titolo V hanno una certa generalità, mentre non si limitano a disporre dei modi dell'appellazione e abbracciano anche l'opposizione.

Il secondo capoverso dell'art. 542 dell'ultimo Codice si esprimeva così: « Quando trattasi di azione individua, l'appello dovrà essere proposto, sotto pena di decadenza, *contro tutti coloro che intervennero nel primo giudizio e che hanno interesse nell'opporsi alla riparazione della sentenza* ». Nello stesso art. 542 erasi compresa anche l'altra questione: dell'effetto utile che l'appello di una parte potrebbe a favore di altre parti produrre.

Il grave tema, che evidentemente contempla due aspetti opposti colle analoghe conseguenze, viene ora logicamente distribuito in questo e nei due articoli seguenti.

Ora parliamo di un interesse *che sta in opposizione* con quello dell'appellante.

All'appellante non è imposto per assoluto l'obbligo di citare tutti quelli che sono compresi nella sentenza. Ciò risulta primamente dall'esame dell'art. 469. Fra i compresi possono esservi di quelli che visibilmente non hanno interesse, o perchè non l'abbiano mai avuto, o abbiano cessato di averlo. Al postutto

(*) « Donec tamen inventarium conscribitur vel si res « praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint intra « annale spatium secundum anteriorem distinctionem « *nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatariis vel fidecommissariis eos vel inquietare vel ad « judicium vocare*, vel res hereditarias quasi ex hypo- « tecarum auctoritate vindicare... » (Leg. ult. Cod. de jure delib., § 11).

spetta all'appellante calcolare i proprii vantaggi e assicurare le conseguenze della sua vittoria in appello. Coloro che non furono citati, hanno in loro favore la cosa giudicata: s'intende che quanto ad essi l'appellante abbia accettata la sentenza.

E questo appare tosto alla mente ove si tratti di *oggetti divisibili*, e niuno inconveniente è per conseguirne. Tizio fu condannato a pagare tremila lire a tre creditori, non solidali, che stavano in giudizio; non invitando nel giudizio di appello che due di essi, accetta la sentenza, che diviene tosto eseguibile rispetto all'altro.

La gravità dell'argomento si mostra nelle controversie per natura o per legge *indivisibili* (e dicesi eziandio delle obbligazioni solidali) (*): e di questo appunto si occupò il citato art. 542, che fulminò la decadenza verificandosi il difetto che prese in mira.

Il contesto di tutte le persone che hanno interesse, sì dall'antico che dal novello Codice, è ugualmente ritenuto necessario al retto e compiuto esaurimento del giudizio. Il punto di vista cangia in ciò: che il passato ne fa un carico inesorabile all'appellante; il presente, più temperato ad equità, è contento alla intervenzione dei non chiamati; e il testo usa questa frase, non consueta nei Codici di procedura: *il giudizio si deve integrare coll'intervento delle altre* (parti).

La omissione in ispecie indivisibili si reputa *inavvertenza, errore*, contrario alla volontà dell'appellante, perchè egli già vedeva e sapeva che l'accettazione parziale in tale condizione di cose non era possibile: si crea una presunzione apposta per favorirlo, per non condannarlo alla decadenza nel dubbio di volontà o di errore; che sarebbe crudeltà senza scopo, laddove può ripiegarsi alla omissione mediante l'intervento. Tale è il pensiero dell'esimio autore del progetto (Relazione PISANELLI).

Il pericolo che questa legge ha in vista di prevenire non è grave per avventura quanto si crede. L'appellante non si occupa certamente d'*interessati* che non siano stati compresi nel primo giudizio, e non è difficile per lui il vedere quali siano; egli eviterà ogni questione di decadenza citandoli tutti quanti; nondimeno deve sempre applaudirsi a quella legge che si studia di ovviare alle nullità.

La necessità di chiamare in giudizio tutti gli interessati *nelle questioni individue* è per sè manifesta; poichè una di queste cose, ugualmente assurde, sarebbe inevitabile. O l'effetto del giudicato deve scindersi e aversi come non pronunciato rispetto ai non chiamati, e ciò è ripugnante nella ipotesi della individuità (**): ovvero non si vuole e non si deve scindere, vi sarebbero di quelli tenuti a rispettare il giudizio senza essere stati chiamati, senza aversi potuto difendere.

2. *Della forma dell'intervento.*

L'*intervento* di cui qui si parla è senza dubbio l'*intervento passivo* e *necessario*, e rientra nella disposizione dell'articolo 203, salve le modificazioni portate dalla speciale qualità di questo intervento. Esso non ha carattere d'incidente (articolo 204). La frase del testo è ben espressiva: *esso integra il giudizio*, completa la domanda dell'attore, è un sussidio impartitogli dalla equità della legge; è una cosa *sui generis*. Ma che vuol significare l'ultimo capoverso dell'articolo? È un nuovo favore che si accorda all'appellante in ordine al tempo. Parmi che, trattandosi appunto di un favore largamente interpretabile, non solo *l'integrazione possa aver luogo* con atto posteriore alla citazione d'appello e allo stesso termine per appellare (supposto che nel termine della citazione scada il tempo dell'appellazione), ma eziandio dopo la scadenza della stessa citazione.

Non bisogna dimenticare che la forma dell'appellazione dettata in questo Titolo e nel successivo Capo II comprende anche quella avanti i giudici inferiori; e un limite converrà bene assegnare a simile facoltà dell'appellante.

A due cose si deve por mente: 1° a non angustiare la difesa dei nuovi chiamati; 2° a non prolungare la causa oltre la sua propria natura, o con danno delle parti presenti.

L'articolo 469 si presenta quale ampliativo di termine, ma sembra eziandio accennare un certo limite; *se la integrazione del giudizio può aver luogo anche dopo la scadenza del termine per proporre*, ecc. Si travede che non può esser permessa una incongrua estensione. È ragionevole seguire l'analogia dell'art. 201: che in procedimento ordinario si debba provocare l'intervento *prima che la iscrizione sia rimasta ferma al ruolo;* e in sommario, prima della udienza, o alla stessa udienza.

3. Il giudice potrà, io credo, ordinare d'ufficio l'intervento, secondo l'articolo 205.

(*) Malgrado l'opinione di TALANDIER, che trova tra l'una e l'altra individuità delle differenze, e ci sono (*Traité de l'appel*); ma in questo caso sono identici gli effetti giuridici.

(**) Una servitù reale esiste o non esiste, non può esistere in parte. Nei fatti solidali la condanna colpisce indistintamente i coobligati.

Digitized by Google

Articolo 470.

La domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza giova alle altre per i capi nei quali hanno interesse comune, purchè intervengano nel giudizio, e facciano adesione nei modi e nei termini stabiliti in appresso.

Articolo 471.

La riforma o l'annullamento di una sentenza giova a quelli che l'hanno domandato.

Giova anche a coloro,

1° Che hanno un interesse dipendente essenzialmente da quello della persona che ottenne la riforma o l'annullamento;

2° Che in una controversia su di cosa indivisibile sono stati attori o convenuti colla persona che ottenne la riforma o l'annullamento;

3° Che con la sentenza riformata o annullata sono stati condannati in solido con la persona che ottenne la riforma o l'annullamento.

Essi però non possono valersi della riforma o dell'annullamento nei casi indicati ai numeri 2 e 3, se l'una o l'altro sia stato pronunziato per motivi esclusivamente propri della persona che ha proposto la domanda.

Annotazioni.

Saranno materia di un solo esame i due articoli che hanno fra loro la più stretta attinenza.

1. L'appello può nuocere e giovare. Il primo effetto è preveduto, è voluto; si vuol colpire con una sconfitta decisiva l'avversario vittorioso; egli deve perdere tutti i vantaggi acquistati colla prima sentenza. Si è veduto all'articolo precedente che non si può nuocere in tal guisa a veruno che non sia chiamato in giudizio.

Ciò è elementare. Sotto l'aspetto dell'utile che altri possono trarre dagli atti miei, si distingue il profitto che può nascere *dallo stesso atto di appellazione*, da quello che può nascere *dal giudicato favorevole* che io sarò per ottenere. E questo è pure il subbietto distinto dei due articoli.

Potrebbe apparire una certa confusione, che però non esiste in realtà, intorno al loro intendimento effettivo. L'articolo 470 favella di *parti interessate;* e anche il 471 passa in rassegna gli interessi comuni, gli interessi conseguenti e dipendenti da un giudicato favorevole: ebbene, nella larga espressione usata nell'articolo 470 tutti codesti interessati non sono forse compresi? Si risponderà che lo sono; e di fatti la espressione *parti interessate* è capace di comprendere qualsivoglia interesse. Allora si soggiungerà: che bisogno ci sarebbe *di un appello adesivo*, se chiaramente si raccoglie dall'articolo 471 che il giudicato favorevole profitta a quelli che si trovano nelle condizioni ivi descritte, avvegnachè non abbiano punto aderito, e non siano concorsi nel giudizio d'appello?

La risposta è facile. Chi ha un interesse nell'affare, conforme a quello dell'appellante, ha pure l'interesse, o almeno può stimare di averlo, a coadiuvare la difesa, il che non può fare che presentandosi nel giudizio d'appello. Valutando appunto questo interesse, la legge gli concede di giovarsi dell'appello interposto da un altro, onde riceve due vantaggi: 1° di non ripetere l'atto d'appello economizzando nel tempo e nella spesa; 2° di non esser pregiudicato dal tempo che intanto fosse trascorso per appellare. Se non aderisce all'appello, non viene però privato delle utili conseguenze che gli sono garantite dall'articolo 471; utili conseguenze che avrà nondimeno maggiore probabilità di ottenere, cooperando colla sua difesa al buon esito della causa.

Ma si deve riflettere che questo discorso non si estende a tutte genericamente le parti che hanno un interesse conforme nella causa. Ond'è necessario distinguere *quell'interesse che dà diritto a giovarsi dell'appello* da quello *per cui si partecipano i vantaggi e i guadagni della vittoria.* Al primo effetto è sufficiente una *re-*

lazione d'interesse coll'appellante, più debole e meno essenziale, la quale perciò non basterebbe all'altro effetto dichiarato dall'art 471. Darò un esempio. Tizio e Caio, coeredi indivisi, hanno domandato cento, credito ch'essi ritengono dovuto alla comune eredità. Perdono la causa. Tizio appella, Caio può intervenire con appello adesivo (*). Se non concorre all'appello non potrà giovarsi della vittoria che sarà riportata dal coerede, non avverandosi le condizioni dell'articolo 471. Pensandoci un poco sarà facile rimanerne convinti.

Portiamoci più oltre con un altro esempio molto comune ed atto a sparger luce sulla stessa teorica. Noi supponiamo *ora dei creditori solidali*. Soccombenti, alcuni appellano e altri no. Gli appellanti vincono la causa, e si domanda se la loro vittoria giovi ai creditori non appellanti? No: non giova, sebbene sia fuori di dubbio potessero aderire all'appello. Nasce quindi una evidente distinzione *fra la solidarietà attiva e passiva*. In faccia alla solidarietà passiva, come diremo or ora, il giudicato favorevole giova a tutti i debitori. E la ragione è questa: che in ultima analisi *si viene formando un tale stato di cose che non può sussistere senza unità di effetto;* è assurdo che alcuni siano debitori ed altri non lo siano trattandosi di debito unico, di un solido; ma non è assurdo che il creditore solidale rinunzi alla sua quota di credito, e per conseguente si diminuisca la totalità del debito; e in realtà l'accettazione della sentenza che si deduce dal non aver posto appello, equivale alla rinunzia.

In una parola: *cotesti creditori o aventi interesse rientrano sotto il dominio del principio generale* = che le sentenze non giovano e non nocione che a quelli che sono in causa. =

2. Ora parleremo più espressamente dell'articolo 471.

La redazione di questo testo ha richiamate le più solerti cure del legislatore; a persuadersene basta farne il confronto coll'art. 512, capoverso ultimo del Codice cessato.

La *prima ipotesi* concerne quegli interessi che non dipendono in un modo qualunque da quello che è uscito trionfante nel secondo cimento; *ma la loro dipendenza è essenziale:* conseguenza necessaria e dominante del principio di contraddizione. Come la vittoria del garantito *non potrebbe* giovare al garante; come *non dovrebbe* giovare? La Cassazione francese decise questo punto anche *a favore del fideiussore solidale* che non aveva interposto appello regolare (7 dicemb. 1852, DALLOZ, *Recueil*, 1853, L. 135); e di fatti milita la stessa ragione. Altre decisioni in casi consimili nel DALLOZ, *App. civ.*, n^i 599 e 600 (Corte di Genova, 23 novembre 1856, *Gazzetta dei tribunali*, vol. IX, part. II, pag. 527; Cassazione, 12 magg. 1851, ricorso Canzio-Sanguinetti, quantunque il garante si fosse acquietato alla sentenza, *Gazzetta dei tribunali*, anno 1851, pag. 494).

Seconda ipotesi. Più volte si è discorso della questione *della indivisibilità* e della necessità logica che c'impone di conservarla anche nei suoi effetti. « Ove di due figli convenuti, un « solo abbia appellato dalla sentenza che di- « chiarava la loro comune genitrice adulterina, e perciò incapace di succedere, chi « negherà che la vittoria conseguita dell'ap- « pellante debba tornare pure proficua al fra- « tello di lui? È legalmente impossibile che la « medesima persona abbia uno stato vario e « molteplice, e le controversie che concernono « lo stato famigliare si dibattono nell'interesse « di tutti i membri della famiglia » (PISANELLI, *Commentario*, vol. IV, pag. 133).

Qualche volta l'esame della indivisibilità si è portato obbiettivamente sul modo di esecuzione di una data operazione giudiziaria, e si è dovuto accettare lo stesso principio. Fu deciso dalla Corte di Genova (7 giugno 1831) che l'appello prodotto da un coerede contro una sentenza *che statuiva intorno al modo col quale si dovesse operare la divisione dei beni ereditari*, giovava anche agli altri coeredi non appellanti, non potendosi eseguire la divisione che in un modo solo. (*Collezione* GERVASONI, 1831, pag. 197).

La legge di procedura contempla il determinato soggetto di una sentenza utile ai non appellanti, e dichiara quando possono giovarsene. Questa legge non avrebbe applicazione fuori della sfera dell'istituito giudizio: da ciò la ragione della clausola, *se furono attori o convenuti nello stesso giudizio*. Si è voluto con ciò fermare il limite legale dell'applicazione, perchè non è della procedura diffondersi in quelle più elevate regioni del diritto in cui potrà disputarsi se altri in materia indivisibile possa giovarsi della sentenza emanata in un giudizio di cui egli non fece parte, e opporre a chi muovesse pretesa contro di lui una eccezione *di cosa giudicata*. Vi sono delle decisioni *pregiudiziali quoad omnes*, quelle per esempio che riguardano lo stato della persona

(*) Mi riservo di esporre la nozione dell'*appello adesivo* discorrendo dell'art. 488.

(siccome nell'esempio poc'anzi dedotto si fece manifesto), la esistenza e qualità dei fedecommessi, ecc. Il legislatore della procedura ha mostrato di voler restringersi nel suo tema, acciocchè non sia data alla disposizione una portata che non le può convenire.

Terza ipotesi. La sentenza ha ritenuta la *indivisibilità del debito.* La solidarietà, senza risalire al titolo, senza vedere se fosse bene o male apprezzato, la solidarietà costituita dalla sentenza basta a identificare in certo modo l'interesse dei condannati, che perciò sono ammessi a godere i vantaggi di questo articolo. Anche qui la legge ha cura di limitare il campo della propria azione a coloro che furono in giudizio *condannati in solido coll'a persona che ottenne la riforma* o *l'annullamento:* senza pregiudicare alle altre questioni che darebbero o no la eccezione della cosa giudicata a favore di altri debitori solidali che non avessero fatto parte del giudizio.

La sentenza d'appello potrebbe soltanto *riformare* quella di prima istanza, non cadendo questione per esempio che sulla qualità del debito, e dichiarare i debitori semplici e non solidali. La conseguenza non sarebbe diversa quanto all'applicazione di questa legge.

3. *Motivo personale a chi propose la domanda* sarebbe la sua minorità al tempo del contratto, la nullità della sua obbligazione. Rapporto al n° 5, la eccezione personale non viene in considerazione; poichè si tratta *di una obbligazione conseguente, la cui esistenza è divenuta impossibile,* mancato, *per una ragione qualunque,* il suo fondamento, o, se così vuol dirsi, la sua condizione essenziale, che consisteva nella obbligazione principale di cui è stata giudicata la inesistenza.

Articolo 472.

Quando la causa sia rinviata davanti l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza impugnata, sta ferma la rappresentanza dei procuratori già costituiti, salvo che la citazione debba essere rinnovata a termini degli articoli 333, 334, e sta pur ferma l'elezione del domicilio, o la dichiarazione del domicilio o della residenza fatta per le notificazioni.

Se il giudizio debba proseguire in via sommaria, la sentenza di rinvio stabilisce l'udienza in cui le parti devono comparire davanti l'autorità giudiziaria inferiore.

Annotazioni.

Il rinvio alla prima autorità giudiziaria è determinato dall'articolo 492.

La legge suppone che il cangiamento di stato, o la cessazione dell'ufficio procuratorio non siansi verificati in pendenza del giudizio di appello e ivi non abbiano avuto luogo le pratiche prescritte dai citati art. 333 e 334.

Il capoverso ripete la disposizione altra volta censurata, che si mostra ibrida e impraticabile.

Articolo 473.

Non è necessario alcuno dei mezzi indicati nell'articolo 465 per far emendare nelle sentenze omissioni o errori che non ne producano la nullità a termini dell'articolo 361, nè per aggiungere alcuna delle conclusioni che, presa dalle parti, non sia stata riferita, ma risulti dai motivi che col dispositivo vi si è provveduto, nè per correggere, anche nella parte dispositiva, un errore di calcolo.

Queste correzioni, se le parti siano d'accordo, sono proposte con ricorso, sottoscritto da esse o dai loro procuratori, e ordinate dall'autorità giudiziaria con decreto, il cui originale si conserva nei registri della cancelleria. Nelle cause indicate nell'articolo 133 le correzioni possono proporsi oralmente. L'autorità giudiziaria ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti.

In caso di dissenso le correzioni sono proposte, con comparsa davanti i tribunali civili e le corti d'appello, che provvedono nel modo stabilito per gli inci-

denti, e con citazione in via sommaria davanti i tribunali di commercio, i pretori e i conciliatori.

Le correzioni si fanno in margine o in fine della sentenza originale, con indicazione del decreto o della sentenza che le abbia ordinate.

Annotazioni.

1. Se l'errore commesso dal giudice sia di maniera che importi *nullità comminata da legge*, si è creata con ciò una posizione di diritto a favore di una delle parti e dev'essere rispettata. *La correzione* suppone il difetto, ma non tale per cui l'atto sia privato della sua esistenza in faccia alla legge. Se tali errori possono facilmente correggersi, perchè non dovrebbe farsi? « Aprire un nuovo giudizio di riforma o « di annullamento della sentenza per emen- « darla sarebbe procedere oltre i limiti della « necessità e della convenienza » (*Relazione* PISANELLI).

2. Quali sono *gli errori od omissioni* sfuggiti nella redazione di una sentenza che *non portino a nullità secondo l'articolo* 361?

Di codesto facile rimedio sono capaci i difetti che cadono sulle enunciative dei n^i 1, 2, 3, 5. Ciò è stato esattamente calcolato. Ognuno di quei difetti ha il più largo riscontro e la sua inoppugnabile dimostrazione nel processo. Spingere le parti a logorarsi in un giudizio di nullità non avrebbe proprio oggetto; sarebbe anzi deplorabile. Ma l'articolo 473 va più avanti, e involve alcune omissioni della sentenza che sono colpite di nullità: tal è quella espressa al n° 4 dell'articolo 360.

Questa facoltà è accordata al giudice in punto alla omissione *di alcuna conclusione presa dalle parti*; e non si estende agli errori relativi ai n^i 6, 7, 8 e 9 del detto art. 360.

Il criterio della differenza sta in questo, che rapporto ai due primi, *è questione totalmente giuridica*; non si può aggiungere ai motivi che mancano, non drizzare le gambe a un dispositivo per quanto sbilenco; questa è materia dell'*appello* o della *revoca*. Ma potrebbero invero farsi sparire i difetti dedotti dai n^i 8 e 9 del detto articolo. Manca *la indicazione del giorno, mese ed anno*, ecc., o manca *la firma di qualche giudice, o quella del cancelliere?* Ebbene, si apponga; e così facilmente si corregge l'errore. Nondimeno la legge sembra ripugnarvi, e lascia la sentenza nello stato di nullità in cui è piombata.

Conviene pertanto soggiungere un secondo criterio differenziale. *Vi sono delle omissioni sostanziali e delle accidentali; forma dat esse;* le prime sono irreparabili. Io per altro sono di avviso che ben presto si farà un altro passo nella legislazione; e tutti gli errori materiali, qualunque siano, troveranno in questa buona legge un pronto rimedio. Quanti impicci, quante spese, quanti disordini saranno evitati!

3. La vera e reale importanza di una conclusione omessa è l'obblio in cui si presume averla avuta il giudice, negando con ciò giustizia alle parti. Ma rientra nell'errore materiale, nella dimenticanza innocua, ove i *motivi* facciano evidente che vi si è pensato, che il giudice vi ha posto attenzione; da simile antecedente il legislatore derivò il corollario che *col dispositivo vi si è proveduto*. Se fosse lecito, proporrei una correzione a questa parte del testo, e sarebbe di toglierne quelle parole. Non è raro pur troppo! vedere delle sentenze che dimenticano nel dispositivo quelle domande o eccezioni delle quali si occuparono nei motivi. Io credo, secondo lo spirito del testo, bastare che le conclusioni si veggano adombrate e calcolate *nei motivi*; anche perchè si accosta a un'altra massima, nota in giurisprudenza, che *la conclusione* non si dice omessa ove non risulti nella intestazione ma in qualche altra parte della stessa sentenza. Se adunque apparisce chiaro che alla fine il giudice la dimenticò nel dispositivo e non vi fece alcuna risposta, non sarebbe meno applicabile la nostra legge; perchè cosa si avrebbe allora? Si avrebbe una vera denegazione di giustizia, *non per la omissione della conclusione*, che sarebbe attestata dai motivi, e neppure per difetto di motivi, ma per un vizio d'altra natura; per quello riprovato dall'articolo 517, n° 6.

4. « *La stessa autorità giudiziaria* che ha « proferita la sentenza è chiamata a provve- « dere sulle richieste correzioni » (*Relazione* PISANELLI). Ma il dubbio sta se il giudice, non essendo le parti d'accordo, possa metter le mani nella propria sentenza *quando ci sta di mezzo l'appello*. Il dubbio aumenta riflettendo che un giudizio qualunque sia, deve istituirsi, nel dissenso, o nel modo degli incidenti, o con citazione sommaria. Per non errare, converrà tenersi alla regola generale ogni volta che l'appello sia *sospensivo*. E non si vede che possa venirne o danno o inconveniente.

La legge ha provveduto affinchè per siffatte

Digitized by Google

inavvertenze della redazione non si abbia bisogno di un pesante giudizio di appello, o di revoca, o di cassazione. Ma tuttavia un appello si è interposto. Forse per correggere con esso questi medesimi errori? E l'appello non è ammissibile, mentre essendo pronto altro più facile mezzo di riparazione, non è lecito, è assolutamente vietato, ricorrere al mezzo più dispendioso, a quello che la legge vuol evitare. Ma l'appello invece è stato interposto per cause che ivi sono disputabili, e lo stesso giudice d'appello potrà bene emendare gli errori materiali, l'errore di calcolo, per esempio; non avrà riguardo agli altri o errori od omissioni accidentali, e tutti saranno coperti dalla sentenza.

Io diceva or ora che non è lecito sviare la causa dal suo mezzo semplice ed economico per abbordare un giudizio d'appello o di revoca. È storpiato un nome; sommando due con quattro si è fatto nove? Se un tale appello si portasse al giudice superiore, dovrebbe immediatamente respingersi. Ma l'affare potrebb'esser alquanto più serio; in fatto specialmente *di conclusioni*, si potrebbe sostenere che non ve ne ha traccia, o almeno sufficiente, nei motivi, e così render dubbia la competenza del giudice correttore. O si potrebbe involgere l'una e l'altra questione: quella delle non riportate conclusioni e della omessa pronunzia, e non è a dubitarsi che in siffatte emergenze l'appello non trasporti intero l'esame al giudice superiore.

CAPO I.

DELL'OPPOSIZIONE

Articolo 474.

Il convenuto non citato in persona propria può fare opposizione alle sentenze pronunziate in sua contumacia.

L'opposizione non è ammessa se la citazione sia stata rinnovata a norma dell'articolo 382.

Annotazioni.

Ho detto altrove, e non approvata, la ragione per cui questo capitolo è stato diviso dal processo della contumacia. Il discorso, non breve, premesso agli articoli della Sezione XII, Tit. IV, lib. I, ha messo in piena luce, se io non m'illudo, questo fondamentale dettato, mostrando a quali ristretti termini sia stato plausibilmente ridotto *il mezzo della opposizione*.

In sostanza vi sono *sentenze contumaciali* suscettibili di *opposizione*, e altre non suscettibili. Lo sono *quelle soltanto che riguardano il convenuto, se questo sia stato citato una sol volta*, e risulti che l'unica citazione non fu consegnata *alla persona*, ma lasciata alla residenza, dimora o domicilio.

Articolo 475.

Le sentenze contumaciali non possono essere eseguite durante il termine per l'opposizione, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni.

1. L'articolo 384 per quanto concerne i tribunali civili e le Corti d'appello, e il 440 rispetto ai pretori, dichiarano quando è che si pronunciano sentenze in contumacia. La *esecuzione provvisoria* può nei casi dell'art. 363 essere ordinata.

Le sentenze contumaciali, per la distinzione accennata al precedente articolo, sono *definitivo-assolute* o *definitivo-condizionali*. Si possono o non si possono risolvere colla opposizione. Queste ultime hanno in tutto *l'effetto delle sentenze contraddittorie*. Secondo il nuovo sistema, colla contumacia si pronuncia il merito e la condanna se ha luogo (citati articoli 384, 440), e con essa può ordinarsi *la esecuzione provvisoria*.

Digitized by Google

La *opposizione* non sospende in tal caso la esecuzione che rimane al tutto interdetta quando si risolve la sentenza di condanna, e l'opponente viene assolto dalla contraria pretesa. Allora gli atti esecutorii si annullano, e ne consegue che devono pagarsi le spese e i danni cagionati dalla indebita esecuzione.

2. Si domanda *se l'appello interposto contro la sentenza contraddittoria, in cui l'opponente riporta assoluzione, abbia l'effetto di mantenere gli atti di esecuzione già praticati.*

Motivo di dubitare; che l'appello essendo sospensivo, non deve alterarsi lo stato del processo esecutivo quale esisteva al momento della opposizione.

Si risponde che la sentenza nata sulla opposizione mette al nulla la prima sentenza contumaciale che si ha come non mai pronunciata.

Di fatti la opposizione rinnova il problema giudiziario, pareggia la condizione delle parti, sbilanciato dallo stato di contumacia: « On « peut définir l'opposition, ha detto il CARRÉ, « un acte par lequel une partie condamnée « sur défaut se pourvoit devant le même juge, « *à l'effet de lui faire rapporter le jugement « qu'il a rendu, et d'en obtenir un nouveau* ». — E più avanti: « *il remet en question* et « oblige de juger contradictoirement ce que « le tribunal avait jugé pas défaut ».

Ne segue che l'appello sospende bensì gli effetti del nuovo giudicato *quanto al futuro*, ossia quanto alle conseguenze di esso giudicato; ma *quanto al passato* è suo naturale effetto, che deriva dalla sola sua apparizione nel mondo giuridico, risolvere e far *tabula rasa* di tutto ciò che lo ha preceduto (salvo il disposto dell'articolo 388).

3. Lo stesso però non si direbbe: 1° ove *la opposizione sia stata rigettata*; 2° *se la nuova sentenza è conforme alla prima.*

La opposizione rigettata perchè tardiva, irregolare e nulla, è come non avvenuta; ed è chiaro che niente per essa è cangiato. Nella seconda ipotesi, sebbene il giudicato sia nuovo e distinto dal precedente, e a rigore di termini non possa neppure chiamarsi confermatorio, nonostante non avendo avuta la opposizione effetto utile all'opponente, sarebbe sottigliezza sconveniente alla serietà e verità dei giudizi il dare all'atto puro e semplice della opposizione, comunque regolare, il potere di distruggere ogni portato della sentenza contumaciale, qualvolta non si ottenga un risultato diverso dal primo (*V.* ANNOTAZIONI all'art. 477).

4. *Se la sentenza che nasce in contraddittorio appresso la opposizione possa aggravare la condizione del convenuto in confronto della sentenza contumaciale.*

La questione è riputata gravissima dal CHAUVEAU, che vi spende intorno una delle sue note più diffuse (in CARRÉ, quest. 620 bis). La tesi proposta è questa: se l'attore, che non domandò l'arresto personale, possa domandarlo o ottenerlo nel giudizio di opposizione; lo risolverò prontamente, secondo il giudizio mio, una disputa fatta forse men grave per la precisione della nostra legge. Pone l'articolo 387 *che l'attore nel corso del giudizio contumaciale non può prender conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione.* Con ciò rimane, a mio parere, sciolta la difficoltà. Soltanto se l'attore lo avesse chiesto e la sentenza contumaciale avesse omesso di pronunziare l'arresto personale, non esito a dire che l'attore, riassumendo la sua conclusione, potrebbe ottenerlo. Io quindi non converrei colla dottrina del CHAUVEAU, esposta in quell'articolo.

Articolo 476.

Il termine per fare opposizione è quello stabilito dalla legge per comparire in giudizio, secondo i casi indicati nel capo II, titolo III del presente libro.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza contumaciale, e si calcola in ragione della distanza tra il luogo della notificazione e la sede dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza.

Annotazioni.

Il termine a fare opposizione è una delle espressioni del concetto che il legislatore si è formato intorno al diritto di difesa del contumace e sino a qual punto si possa serbare incolume tale diritto; e non poco si avvince alle altre discipline più o meno favorevoli al contumace scritte nel corso della procedura. Anche il sistema dei termini è dominato dalla ragione; troppo ristretto, nuoce alla libertà della difesa; troppo esteso, all'economia, al buon ordine dei giudizi, all'equilibrio delle rispettive posizioni giudiziarie.

Il Codice francese, in compenso di eccessivi favori accordati al contumace, fu assai moderato nel termine della opposizione, che è di soli otto giorni (articolo 159). Il Codice sardo del 1859 accordava *il termine stesso dell'appello* (articolo 244). Il progetto del ministro PISANELLI proponeva venti giorni per l'opposizione contro le sentenze in materia civile, dieci in materia commerciale. Il Codice si è messo al largo, e stabilisce i termini che negli art. 147 e 148 sono assegnati per le citazioni. Il criterio si è, che la sentenza contumaciale tiene veramente luogo di citazione, sempre nel presupposto fondamentale che la citazione sia andata dispersa. La misura del termine per comparire si basa sopra due estremi di luogo: quello della notifica e quello in cui si deve comparire. Il capoverso dell'articolo 476 è completamente su questa base. Il termine sta in relazione con quello che deve darsi nella citazione rinnovata, ed identico essendo lo scopo, vedesi in ciò osservato un rapporto di convenienza logica. Se havvi oscitanza, superfluità, o altro difetto nell'economia del termine, si ripete adunque dalla costruzione degli articoli 147 e 148, da noi già esaminati, anzichè dal presente statuto.

Ho detto più volte che *la opposizione* è sempre un falso e cattivo metodo, e che bisogna finirla replicando la citazione come nel sistema pontificio. E di fatti che avviene? Oltre i 25 giorni che forse si ha diritto di avere per l'articolo 148 n° 5, se pure il tempo non è d'assai prolungato per l'art. 150 dopo la sentenza, si gode l'altro e non breve comodo per appellare.

2. L'opponente ha pure due altri mezzi di guadagnar tempo forniti da certe scrupolose cautele della procedura, intese certamente ad altro scopo, ma la cui opportunità può esser revocata in dubbio.

a) L'articolo 190, capoverso (come si disse a suo luogo), fa una singolare eccezione *a favore del contumace per impugnare la nullità della citazione*, quantunque la sua stessa comparsa in giudizio ne accusi il ricevimento.

Si è fatta con ciò una limitazione alla prudentissima regola scritta nell'articolo 190. Pertanto il contumace, comparendo, esibisce una citazione che ha dei vizi che la rendono nulla. Egli allega la nullità; la eccezione per lui, e quasi per privilegio, è stimata buona; annullata la citazione, egli ritorna in piena libertà, e converrà ricominciare il giuoco: si manterrà contumace come prima, e tornerà a godere di tutti i vantaggi della sua posizione negativa. Ho veduto in una causa, nella quale io pure diedi voto, spingersi la bravura del difensore sino al punto di pretendere che l'avversario fosse forzato a produrre egli stesso la citazione onde scrutarne i vizi; domanda che giustamente venne reietta (ricorso Fronzolo, sentenza 28 febbraio 1866, relazione GERVASONI).

b) Ordina l'articolo 385 che *le sentenze e gli altri provvedimenti siano notificati personalmente al contumace da un usciere destinato*, ecc. La inosservanza è colpita espressamente di nullità. Il contumace comparso può opporla; ed ecco ch'egli rientra nella posizione da cui è uscito; e bisogna notificargli una seconda volta la sentenza, dopo la quale gode un ulterior termine per comparire. Sono difetti che si attaccano, non so se per necessità, a questi resti del sistema contumaciale francese, che in una nuova riforma dovranno sparire.

Articolo 477.

L'opposizione può farsi, anche scaduto il termine suddetto, sino al primo atto di esecuzione della sentenza contumaciale, se questa non sia stata notificata al convenuto in persona propria.

Quando questa opposizione sia fatta nell'atto della esecuzione, è menzionata nel processo verbale. Quindi è proposta a norma dell'articolo 478, nel termine di giorni dieci, se la sentenza sia stata pronunziata da un tribunale civile o di commercio, o da una corte d'appello, e nel termine di giorni cinque se la sentenza sia stata pronunziata da un pretore o da un conciliatore.

Se il contumace non sia presente al primo atto di esecuzione, basta che l'opposizione sia fatta nel detto termine di giorni dieci o di giorni cinque, e nei modi stabiliti dall'articolo 478.

L'opposizione fatta nel modo e nel termine suindicati impedisce l'esecuzione della sentenza, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni.

1. Questo articolo è collegato per identità di disposizione al 386, se non che ci ha qualche cosa che sembra antinomia sulla quale bisogna intendersi.

Intanto poniamo in rilievo una facoltà del contumace che estende la disposizione dell'ar- l'articolo 476. Oltrepassato il termine ivi designato, il contumace *può comparire* sino *alla sentenza definitiva*, dice l'articolo 386; *sino al primo atto di esecuzione*, dice l'articolo 477: ad ogni modo comparire. Se altri chiede con qual rito possa comparire, si risponde *col rito della opposizione* e non altrimenti; significa adunque che in quello ulterior tempo *può fare opposizione*.

Parlando dell'apparente antinomia dei due articoli, osservo che amendue suppongono già scorso il termine a far opposizione; ma il primo pone un'ipotesi che la sentenza definitiva non sia ancora pronunciata, benchè possano esser uate sentenze d'istruttoria (dette *impropriamente* sentenze, o non impugnabili): invece il presente articolo ritiene pronunziata la sentenza definitiva, ma non ancora mandata ad esecuzione. Non si può disconoscere che la disposizione dell'articolo 386 riceve il suo complemento dal 477, che porta più oltre il diritto di opposizione: al di là della stessa sentenza definitiva.

2. Una limitazione contiene il nostro articolo: ove cioè *la sentenza contumaciale sia stata notificata in persona propria*. Vedesi adunque non bastare che il messo giudiziale, nppositamente eletto, abbia eseguita la notificazione (articolo 385); è mestieri che la sua relazione accerti che venne eseguita *in persona propria*. E ciò perchè si abbia il suggello della volontarietà, e quasi si direbbe del dolo della sua contumacia.

3. **Questioni.** — *a) Ma che s'intende per primo atto di esecuzione?*

La esecuzione comincia forse dall'*atto di comando* a pagare sotto la comminatoria della esecuzione? « De nombreux arrêts, ha detto « il CHAUVEAU, ont décidé qu'un commande- « ment de payer n'était pas un acte d'exé- « cution, même lorsqu'il été signifié à la per- « sonne du débiteur ». La Corte di cassazione aveva insegnata questa dottrina in un arresto dell'11 novembre 1817. « Nous adoptons (con- « tinua il lodato scrittore) l'opinion de la Cour « de cassation, parceque si un commandement « annonce le désir, manifeste l'intention d'exé- « cuter, cependant, ce n'est qu'une nouvelle « signification du jugement, ce n'est encore « qu'un avvertissement; *c'est plutôt un acte « préalable qu'un acte faisant corps avec l'exé- « cution* ». In conferma di questa opinione si potrebbe da noi aggiungere l'art. 562 « l'ese- « cuzione forzata *dev'esser preceduta* dalla no- « tificazione del titolo esecutivo e *del pre- « cetto*, » ecc.

Veramente la esecuzione forzosa comincia da quel fatto che per autorità superiore, e col mezzo di organo legale, colpisce cose del nostro patrimonio, e finchè la esecuzione è minacciata non si può dire attuata. Contuttociò nella specie presente non mancano gravi osservazioni in contrario. In un punto di vista più generale, l'esecuzione di una sentenza non consiste esclusivamente in un pignoramento o in un sequestro, ma è tutto ciò che si opera in conseguenza della sentenza medesima per cui la sentenza viene affermata nei suoi estrinseci effetti. Si è veduto lungamente disputare, in tema di acquiescenza, se la notificazione non modificata da riserva sia atto di esecuzione; il pagamento delle spese si è ritenuto più volte *esecuzione* volontaria della sentenza. L'*atto di comando* o *precetto* è più forte di tutto questo, ed essendo il primo atto, l'atto fondamentale della esecuzione forzosa, sebbene non sia la esecuzione stessa, è parte necessaria del processo di esecuzione: si direbbe la parte inflittiva e moralmente coercitiva, il lampo precursore della folgore; e in ogni modo l'iniziamento della esecuzione. Ma vi è assai di più nel fatto nostro. Cosa vuole la legge? Vedere se al primo atto di esecuzione il contumace si riscuota dal suo letargo e si decida a presentarsi in giudizio. La legge dubita sempre che costui ignori quello che si sta operando contro di lui. Ma l'intimazione di un atto di comando non dovrà bastare, che sarebbe il *terzo atto* ufficiale che gli si è inviato per farlo consapevole del giudizio pendente? (*) E se alla intimazione dell'atto di comando egli tace ancora, non si fa vivo, che si vuole di più? La sua contumacia volontaria non è forse assicurata?

Forti ragioni sono queste per un gius costituendo, ma abbiamo nella legge un argomento insuperabile onde ritenere che si tratta realmente *del primo atto effettivo di esecuzione*.

(*) Il primo atto, la citazione; il secondo, la notificazione della sentenza coll'organo di un usciere speciale.

Digitized by Google

Ed è questo: *che la opposizione è menzionata nel processo verbale.* E con ciò si fa manifesto essere necessario *l'intervento dell'uffiziale esecutore ed operante;* mentre il precetto è ancora semplicemente atto di parte.

Più: la legge ha preveduto *che il contumace non sia presente all'atto di esecuzione,* e gli ha dato tempo per conoscerlo; lo dispensa naturalmente dalla opposizione contemporanea, e gli fa abilità di proporla in un termine posteriore.

b) La opposizione contemporanea al primo atto di esecuzione impone all'esegueute di sospenderne ogni altro sino allo spirare del termine assegnato per la comparsa formale? Nessun dubbio, in relazione all'ultimo capoverso dell'articolo, *se non è ordinata l'esecuzione provvisoria.* È chiaro che se la opposizione fatta nell'atto di esecuzione non è susseguita dalla comparsa formale, si ha come non esistente.

c) *La opposizione al precetto prevista dall'articolo 579 equivale a quella di cui parla il 477?* La legge non addita una forma di codesta opposizione stragiudiziale e, si direbbe, iniziale, e non credo sia più che tanto questione di parole. Si può non voler pagare per molte ragioni, e fra queste per essere sorpreso da atti di cui s'ignorano i precedenti; semprechè si adempia alle altre prescrizioni di legge.

d) Che dire del pignoramento di mobili o crediti presso terzi? La notifica dell'atto fatta al debitore (art. 611) costituisce il primo atto di esecuzione.

e) Forsechè il convenuto che fu citato in persona propria, o fu citato due volte (art. 382), *ha nonostante diritto di fare opposizione a norma del presente articolo, se la sentenza contumaciale non gli venne notificata in persona propria?* Non si può disputare del modo di esercitare la opposizione quando è negato *il mezzo,* ossia il diritto stesso della opposizione. La sentenza ha il carattere di contumaciale, sia che si abbia o non si abbia il diritto di impugnarla col mezzo della opposizione. La sua notifica deve quindi praticarsi col rito eccezionale dell'articolo 384; e la cautela può invero tornare utilissima per provvedersi in appello. Ma, nelle condizioni del problema, la inosservanza dell'articolo 384 non apre adito alla opposizione; la sentenza però non può esser portata ad esecuzione per mancanza di notifica.

È da estendersi la dottrina negativa della opposizione in giudizio pretoriale, ove la citazione sia stata rinnovata secondo l'art. 442.

Articolo 478.

L'opposizione è proposta con atto di citazione, che deve contenerne i motivi. Se si tratti di cause nelle quali è stabilita la citazione per biglietto, basta che sia indicata nel medesimo la sentenza impugnata.

L'opposizione può essere notificata alla residenza dichiarata, o al domicilio eletto o dichiarato dall'attore. Davanti i tribunali civili e le corti di appello può anche notificarsi al procuratore dell'attore.

Annotazioni.

1. Se la citazione può farsi *per biglietto, la indicazione della sentenza* vale i motivi; ma non si è dispensati dalle altre e necessarie formalità dell'articolo 133.

2. La notificazione *alla residenza dichiarata,* ecc., è una facoltà; si può eseguire alla residenza e al domicilio naturale, osservati i termini di ragione.

3. La citazione dev'essere accompagnata dagli atti prescritti dall'articolo 159, se trattasi di cause di tribunal civile o di Corti. Equivale in tutto alla comparsa che fa il convenuto sulla citazione dell'attore, una costituzione di procuratore rimasta in ritardo, e può citarsi il solo procuratore.

Articolo 479.

L'adesione di cui nell'articolo 470 si fa con comparsa, nel termine stabilito per rispondere all'atto di opposizione, nei casi di procedimento formale, e alla prima udienza nei casi di procedimento sommario.

Digitized by Google

L'adesione davanti i conciliatori si fa verbalmente; davanti i pretori può farsi verbalmente o per iscritto.

Annotazioni.

Qui si suppongono più contumaci, taluno dei quali non faccia opposizione ma *aderisca* a quella fatta da uno dei suoi consorti, col quale *ha un interesse comune*. Del resto anche le disposizioni dell'articolo 471 sono perfettamente applicabili (*V.* le ANNOTAZIONI all'art. 488).

Articolo 480.

Quando l'opponente non comparisca nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria, sull'istanza dell'altra parte regolarmente comparsa, rigetta l'opposizione.

Annotazioni.

1. Se l'opponente non si presenta all'udienza nè per sè, nè per procuratore, la opposizione è svanita; e la reiezione è decretata sulla semplice domanda dell'attore (contro ciò che era ordinato dall'art. 245 dell'ultimo Codice).

2. *È possibile una seconda opposizione?* (La questione potrebbe nascere allorchè, reietta la opposizione per difetto di forma, si fosse ancora in tempo per rinnovare la opposizione.) È noto adagio *opposition sur opposition ne vaut*. Non contestando il principio, CARRÉ, e il THOMINE con esso, stima che la sua applicazione sia ben certa quando si trattasse di replicare la opposizione per impugnare una stessa sentenza; ma crede che un giudizio possa contenere più sentenze contumaciali successive, e che ad ognuna, o presso a poco, possa quadrare una opposizione: « Ainsi, lorsque une partie n'a point été dé« boutée d'une première opposition, et au con« traire cette première opposition à été admise « par un jugement contradictoire, *le jugement « par défaut qui intervient ensuite est toujours « susceptible d'opposition*, puisqu'il ne contient « que la prononciation d'un premier défaut » (all'articolo 165 del Codice di procedura francese). Tal era l'idea complicata, confusa, imbarazzante, che quella legge aveva fatto nascere in materia di contumacia! N'era cagione in gran parte *le défaut de plaider* e la contumacia del procuratore, onde non era poi del tutto bizzarra la idea di sentenze contraddittorie e contumaciali che si succedevano nel corso del medesimo processo. Nondimeno il buon senso pratico del CHAUVEAU riprovava l'ibrida combinazione, sostenendo che il predicato *opposition sur opposition ne vaut* respinge di tutta la sua forza la opinione che *due opposizioni siano possibili* di una stessa parte in unico giudizio. « Il est nécessaire (egli finiva) de maintenir la « force de ce principe qui préserve les parties « de frais dont l'énormité deviendrait incal« culable », e, io aggiungo, per non render peggiore colla interpretazione un sistema intrinsecamente cattivo.

Malgrado ciò la verità mi costringe a dire che, nonostante ogni miglioramento che per noi si è portato all'istituto della contumacia, *una seconda opposizione è divenuta possibile* nell'aspetto in cui furono di sopra osservate le conseguenze dell'articolo 190 (Note sull'articolo 476, 2 *a*). Annullata mediante una prima opposizione la citazione, caduto il giudizio e rinnovato l'atto di citazione, è lecito andar di nuovo contumaci e opporsi di nuovo; e se per avventura anche la seconda si annullasse, il circolo potrebbe oltre ripetersi.

CAPO II.

DELL' APPELLAZIONE

Articolo 481.

L'appellazione è ammessa da tutte le sentenze pronunziate in prima istanza, salvo che la legge le abbia dichiarate inappellabili.

Le sentenze dei conciliatori non sono appellabili che per i motivi indicati nell'articolo 459.

L'appello dalle sentenze contumaciali importa rinunzia al diritto di fare opposizione.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — Per noi l'opposizione contro la sentenza contumaciale è la integrazione della difesa; l'appello è la integrazione della giustizia. L'appello è egli un bisogno reale della giustizia? Io non lo so, ma voglio crederlo: *licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet, neque enim utique melius pronunciat qui novissimus sententiam laturus est* (Ulpiano, Leg. 1 de appellat.). Quello di cui son certo si è che l'appello è un bisogno dell'umana natura; una soddisfazione che, negata, imprime irremissibilmente l'idea della negata giustizia. E potrebbe ben dirsi negata in questo senso, che si è impedito al processo, alle prove, alla discussione il suo maggiore svolgimento; ci parrebbe di essere pressochè soffocati entro i cancelli di un solo giudizio; la coscienza pubblica si rivolterebbe contro una giustizia così amministrata. Ecco perchè l'appello è necessario. Nel sistema dell'unico appello domina infatti questo concetto; mentre nel duplice o triplice appello del diritto canonico, della legislazione pontificia, toscana, austriaca, ecc., primeggiava un diverso concetto, quello dell'autorità. Giusta quei sistemi si aveva fede nei giudici superiori perchè più illuminati, e nel concorso del maggior numero dei voti. È il sistema *della terza istanza* che mantiene ancora il campo e contrasta, benchè con forza decrescente, a quello della Cassazione. Non vi sarebbe invero un solido e fondato criterio per istabilire che un secondo giudicato sarà migliore del primo, e un terzo sarà migliore del secondo, e che il terzo sarà il perfetto; ma si sente invece la necessità di un secondo esame; di un secondo esame appoggiato a quel maggior numero di mezzi che lo sforzo delle parti avrà potuto accumulare, e così il giudicato d'appello rappresenta piuttosto il risultato di un solo processo portato in fasi diverse e successive al suo razionale compimento, che l'impero di un'autorità che si è imposta ad un'altra, e l'ha, per così dire, schiacciata sotto il suo peso.

2. **Precedenti storici.** — Un bisogno sentito, una impazienza naturale ai vinti di rifarsi colle più rispettate ed autorevoli decisioni di un potere superiore, anela all'appellazione, che in qualunque anche più imperfetta condizione della civiltà giudiziaria sorge come il prodotto di una vera necessità sociale. Ma la sua perfetta organizzazione appartiene a ben altri tempi, e risponde, come una delle sue parti più interessanti, agli ordini generali del diritto onde si reggono gli Stati nell'età più colte. Il corso storico dell'appellazione nelle principali sue fasi può così compendiarsi: 1° l'antica *provocatio*, ricorso dal giudizio dei consoli ai comizi popolari, secondo Niebuhr dopo la espulsione dei re (Leg. 2 § 16 de orig. jur.); 2° ricorso ai tribuni del popolo che arrestano col *veto* la esecuzione d'ingiusti pronunziati; altri magistrati (non bene definiti) *intervengono* per regolare il giudizio (*intercessio*); 3° è conosciuta nelle provincie l'*intercessio* del rettore della provincia contro i giudici minori; 4° sorto l'Impero, l'appello devolve di diritto al principe supremo, che d'ordinario ne delega l'amministrazione; 5° dalle sentenze del pretore, in Roma, suol portarsi l'appellazione al prefetto della città, e nelle provincie ai consolari; 6° in epoca posteriore il giudice ordinario delle appellazioni è il prefetto del pretorio, riservato sempre l'ultimo ricorso all'imperatore; 7° una legge di Costantino (16 Cod. Theod. de his qui per metum) autorizza il prefetto del pretorio a giudicare inappellabilmente; 8° Teodosio e Valentiniano limitano le cause nelle quali si può portare appello al principe (Leg. 32 Cod. de appell.); 9° Giustiniano non permette che due soli appelli per ogni causa (Leg. unic. Cod. ne liceat in una etc.); 10° Non vi è propriamente appello nella pura ed eminente signoria feudale, ma il principe impone la sua volontà anche nei giudizi; 11° nel primo periodo del potere civile ecclesiastico i vescovi giudicano senz'appello; 12° successivamente; in tutto l'orbe cattolico, l'ultimo appello è di diritto al vescovo di Roma, eccettuate le cause che non appartengono alla giurisdizione temporale della Chiesa (*De appell.*, cap. VII); 13° nelle cause spirituali si può appellare *omisso medio* al papa (Can. si quis vestrum et can. 2 q. 6 de appell.). Il diritto canonico è il vero legislatore dell'appellazione; le più belle dottrine moderne sono insegnate nel diritto canonico; da quel momento questa grande istituzione appartenne alla civiltà, divenne razionale. Noi abbiamo potuto aggiungervi: ripassarla,

se mi è lecita l'espressione, colla lima di una civiltà più raffinata; limitarne il lusso e l'eccesso, e darvi anche un miglior indirizzo, ma ci sono là dentro delle nozioni elementari e dei principii che l'intelletto umano non potrà cangiare per correr di tempi.

3. *Delle sentenze appellabili.*

La generalità del *soggetto appellabile* è annunciata con una nettezza ignota alle procedure anteriori. *Ogni sentenza è appellabile.* Ciò esclude il termine opposto; i pronunciati che non sono sentenze, e non ne hanno l'importanza, non sono appellabili; la legge positiva scrive anche qualche limitazione su vere sentenze, onde semplificare certi giudizi nei quali si desidera celerità principalmente.

A noi restano a dire pochissime cose dopo tutto ciò che si è detto esaminando gli articoli 360 e 361.

Si è largamente dimostrato che nella superior categoria delle sentenze hanno luogo anche quei pronunciati che sono interlocutorii e involgono cognizione e pregiudizio di merito.

La famiglia delle ordinanze si suddivide in provvedimenti, decreti, e se vi ha qualche altro nome, e per la indole loro sono nessi e avviamenti e conclusioni d'istruttoria.

Ci fermeremo un momento per indicar quelle che sono sentenze, e tuttavia non appellabili per ispeciale disposizione di legge.

Sono inappellabili: 1° le sentenze dei conciliatori, eccettochè per motivo d'incompetenza (articolo 481); 2° le sentenze degli arbitri nei casi del quattro numeri dell'art. 28; 3° le sentenze di ricusazione di un conciliatore o pretore, esclusivamente (art. 128); 4° le sentenze che si pronunciano nei giudizi di esecuzione mobiliare nei limitati soggetti dell'articolo 655; 5° quelle che si pronunciano nei giudizi di spropriazione nei casi segnati dall'articolo 702; 6° quelle che in procedimento esecutivo d'immobili rigettano eccezioni di nullità relative alla richiesta d'incanto (art. 738). Non poche modificazioni sulla forma dell'appello si vengono incontrando in più luoghi del Codice che ci cadranno sott'occhio.

4. *Della combinazione dei termini di opposizione e d'appello.* In Francia è legge che non si possa introdurre appello se non trascorso il termine della opposizione (art. 455). I Codici di Parma e Piemonte adottarono la presente determinazione, che con giusto senno ci è stata conservata. Del resto la facoltà di volgersi all'appello non esclude, anzi logicamente inchiude, il diritto di giovarsi successivamente delle due facoltà, instaurando l'appello dopo il giudizio di opposizione. È chiaro che in tal caso il termine per appellare non corre che dalla notificazione della sentenza contraddittoria nata sulla opposizione.

Questioni. — *a) Non facendosi uso del diritto di opposizione, il termine che la legge concede a questo effetto deve forse aggiungersi al termine ordinario dell'appello?*

Pongo in ipotesi che l'appello sia stato interposto qualche tempo dopo il termine assegnato dall'articolo seguente, ma in tempo utile tuttavia quando si contasse a favore dell'appellante quel dato numero di giorni che avrebbe avuti per fare opposizione.

La questione mi sembra abbastanza grave. Per la negativa può dirsi che dal momento che il contumace sceglie il rimedio dell'appello, come rinunzia alla opposizione, così abbandona ogni vantaggio di tempo che vi era congiunto, e sarebbe contro ragione il tenergliene conto una volta che non ha voluto profittarne; egli è come se mai non avesse avuto quel diritto; tale di fatti è l'effetto di una rinuncia. Si comprende la duplicità dei termini per fare due operazioni differenti, ma non per farne una sola.

Malgrado la forza di questo obiezioni crederei di dover seguire la sentenza opposta, che nel dubbio sembra preferibile, trattandosi d'impedire la decadenza dell'appello. Il contumace ha realmente due facoltà che può esercitare l'una dopo l'altra. Non sarebbe più facoltà se, al modo del sistema francese, si fosse obbligati a formare la opposizione. Ma per la stessa ragione che si ha la facoltà, si deve godere il termine relativo che dev'essere rispettato, e questo termine distinto non può confondersi con quello dell'appello. Colla introduzione dell'appello si rinunzia alla opposizione, sta bene; ma sino al momento dell'appello si manteneva il diritto di opposizione, sicchè il termine anteriore dev'esser posto in conto di tale facoltà; senza ciò la facoltà sarebbe illusoria. Perciò non si tratta propriamente di un termine aggiunto ad un altro per un solo effetto, quello di appellare; soltanto è da riflettere che, trascorso il termine della opposizione, il tempo che segue va di necessità computato nel termine appellatorio che dovrà sempre misurarsi dal finire del primo termine.

b) Che avviene se due convenuti essendo stati condannati in contumacia, l'uno propone la opposizione e l'altro l'appello?

Alcuni scrittori francesi hanno studiata questa combinazione nel punto di vista alquanto diverso delle loro leggi. Carré e il suo illustratore credono che si abbia a distinguere fra oggetto divisibile e indivisibile; nel primo

caso ognuno segue la sua via; nel secondo non si dubita di asserire che la decadenza di una parte dal diritto di fare opposizione conduca altresì la decadenza dell'altra; il perchè restava un solo mezzo possibile, l'appello (quest. 1570, 1636 bis).

Io proporrei un'altra soluzione. È perfettamente libero a coloro a cui la legge offre due mezzi d'azione o di impugnazione sceglier quello che più gli talenta. Non bisogna preoccuparsi innanzi tempo delle conseguenze. Se Tizio ha parati innanzi due rimedii il cui uso successivo può tornargli utilissimo, è abbastanza irragionevole e strano che per una causa qualunque, che personalmente non lo riguarda, egli sia costretto subire la posizione deteriore o meno vantaggiosa che ha voluto crearsi il suo consorte di lite. Ad ognuno pertanto la sua libertà d'azione. Ma quale sarà l'effetto di codesta specie di dualismo giudiziario? Che quale dei due vince prima, porgerà tutto l'appoggio al consorte di lite onde reclamare lo stesso risultato: ossia il consorte di lite, in materia indivisibile, *potrà giovarsi della sentenza*, rientrando così a barriera aperta nel favorevole proposto dell'articolo 471 (tanto esteso da comprendere eziandio le sentenze ottenute col mezzo della *opposizione*). Laonde si potrà bene abbandonare il precedente giudizio per attaccarsi al risultato, o valersi della sentenza ottenuta dal consorte in via di eccezione di cosa giudicata. Ma se si continuasse il giudizio indeciso, non potrebbe nascere forse sentenza contro sentenza? Mai sì; e che pertanto? La legge fa quanto può affinchè non nascano sentenze contraddittorie in materia concettualmente indivisibile, ad evitare lo scisma. *Ma non obbliga;* non forza nessuno a utilizzare i suoi prudenziali temperamenti; e quando non si voglia, lascia andare le cose.

c) *Se la sentenza contumaciale ha ordinata la esecuzione provvisoria* — nonostante opposizione — *la via dell'appello è sufficiente per arrestare la esecuzione medesima?*

Ciò non par dubbio; anzi la massima è così fermamente tenuta dalla giurisprudenza francese, che non mancarono dottrine e giudicati i quali sostennero *che era quello l'unico caso* in cui fosse lecito prescindere dalla legge che impone prima di tutto l'esercizio della opposizione, *puisqu'il est* (l'appel) *le seul moyen légal d'empêcher telle exécution* (Carré, quest. 1641).

Ci affrettiamo a dichiarare che la sentenza contumaciale potrebbe, come ogni altra sentenza, ordinare la esecuzione provvisoria *non ostante opposizione e appello;* per cui l'appello non gioverebbe più della opposizione ad arrestarne gli effetti.

Articolo 482.

L'esecuzione delle sentenze non dichiarate esecutive provvisoriamente è sospesa durante il termine concesso per appellare, e durante il giudizio di appello.

Articolo 483.

Quando l'esecuzione provvisoria domandata in primo giudizio non sia stata pronunziata, può domandarsi in via incidentale nel giudizio di appello.

Articolo 484.

Quando sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria fuori dei casi dalla legge indicati, l'appellante può chiedere inibitorie all'autorità giudiziaria d'appello, in via incidentale o in via sommaria, secondo che già sia o no pendente il giudizio d'appello.

Lo stesso ha luogo se durante il termine per appellare, o non ostante l'appello, sieno dati provvedimenti esecutivi per sentenza di cui non sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni.

Si può semplicemente domandare *la inibitoria* non appellando che da questa sola parte della sentenza; e allora si va in forma sommaria, evitando il ponderato rito di un giudizio di appellazione; o pende l'appello principale, la domanda *prende nome d'incidente*, agitandosi però anch'essa in via sommaria.

Articolo 485.

Il termine per appellare, salvo i casi in cui la legge abbia stabilito diversamente, è:

1° Di giorni trenta per le sentenze dei pretori e per le sentenze dei tribunali in materia commerciale;

2° Di giorni sessanta per le sentenze dei tribunali civili in materia civile.

Anche quando sia scaduto il termine per l'appello principale, l'appellato può proporre l'appello incidentale da qualunque capo della sentenza.

Annotazioni.

Sulla natura dell'appello incidente si tratterà nelle ANNOTAZIONI all'articolo 487.

Articolo 486.

L'appello principale è proposto con atto di citazione.

Esso deve notificarsi come la sentenza a norma delle disposizioni degli articoli 367, 396 e 437, capoverso ultimo.

Quando la sentenza contenga più capi, ed alcuno soltanto sia impugnato, s'intende che l'appellante abbia accettato gli altri capi. Se non sia fatta indicazione di capi, l'appello s'intende proposto contro tutti.

Annotazioni.

1. Si leggono nella Relazione PISANELLI le seguenti parole: « Quanto alla forma di proporre l'appello, il progetto non contiene innovazione in confronto ai Codici modellati al Codice francese, *eccettochè il relativo atto di citazione può notificarsi ai procuratori rappresentanti le porti nel primo grado di giurisdizione*, ovvero *al domicilio eletto per occasione del procedimento* ».

L'alternativa non è stata adottata. Dal metodo della notificazione si deduce chiaramente che *la citazione* colla quale s'introduce l'appello è inviata *alle parti*, non *al procuratore o procuratori* che già furono nel primo giudizio, a meno che l'appellato avesse trascurata l'elezione o dichiarazione di domicilio prescritta dagli articoli 158 e 159, n° 2; e coll'ulteriore limitazione del 2° capoverso dell'articolo 367 (al quale corrisponde in massima l'art. 397).

Ritenuta questa forma iniziale, ne segue l'applicazione degli articoli 158, n° 1 e 3, e 159, n° 1: l'obbligo cioè di depositare in cancelleria il mandato e i documenti. Non credo sia d'uopo replicare l'atto di elezione di domicilio; deve valere quello che fu già fatto nel primo giudizio: nè maggior prova potrebbe aversi di quella che risulta da questo medesimo articolo che ritiene così efficace quella elezione da ordinare che ivi appunto si eseguisca la notifica della citazione d'appello.

2. Eseguendosi tale notifica al domicilio del procuratore, giusta il 1° capoverso dell'articolo 387, ne discende forse *che quel procuratore abbiasi a ritenere come costituito nel secondo giudizio*, e quasi *dominus litis?* All'orecchio del mio lettore dirò che io temo assai che il redattore dell'articolo 486 non abbia portata tutta l'attenzione su questo punto. La notifica della sentenza fatta ad un procuratore costituito, quasi *in pœnam* della negligenza della stessa parte, si comprende. Meno però si comprende che una citazione d'appello possa eseguirsi al procuratore di prima istanza, a quel procuratore che legalmente ha cessato di esser tale. Eppure nei termini dell'art. 486 è impossibile negare applicazione a parte veruna dell'articolo 367.

L'inconveniente sarebbe nella legge, e la notifica della citazione sarebbe regolare. Qui però bisogna intendersi: badate bene, è sempre la parte che si cita; e non trattasi che *del luogo della notificazione*. L'antico procuratore è passivo in questa faccenda: specie di domiciliatario legale. Per essere procuratore in appello dovrà presentare il suo mandato di procura, che può esser anche suo primo mandato, ove contenga le opportune facoltà.

3. La materia del primo giudicato può esser recata totalmente, o solo in parte, al giudizio di appello.

Capi distinti intendiamo sempre pronunciazioni distinte o *dispositivi separati*, talchè sia perspicuo che da uno di codesti capi si è voluto appellare, e da altri no. Se varie e diverse materie furono trattate nella sentenza, e tutte si conglobarono in unico dispositivo, indarno si cercherebbero le diverse parti che lo compongono nelle partizioni razionali risultanti dai motivi. Non è per altro in tutto questione d'ordine materiale: se il dispositivo, diremo così, potesse facilmente scomporsi nei suoi elementi, in altre parole, se la varietà delle sue decisioni apparisse senza sforzo alla lettura; se non vi fosse un rapporto che dimostrasse l'una non potere stare senza l'altra, non vedrei perchè l'appello stesso non potesse scinderle. In tal caso *indicazione di capi* dovrebbe intendersi delle disposizioni dalle quali si appella; altrimenti l'appello indeterminato trasporterà tutta la causa, ed esporrà forse l'appellante a perdite certe e inutili spese.

4. *È nullo l'atto di appello non motivato?* Non si troverebbe nella legge sufficiente appoggio per dichiararlo nullo; ma lo sarebbe senza dubbio *per l'assoluta incertezza dell'oggetto* (art. 145, n° 2), per es. non risultando da quale sentenza s'interpone l'appello. Ben guardando, i *motivi* si ravvisano meno necessarii in una citazione d'appello, che nella citazione introduttiva del giudizio. Qui la parte citata tutto ignora, e non può essere obbligata a indovinare le intenzioni dell'attore; laddove il processo di prima istanza contiene, generalmente parlando, le ragioni e le eccezioni che si ritengono ripetute nell'atto di appello. Le *successive comparizioni* potranno riparare al difetto; si potranno cioè proporre i motivi con atto distinto.

Posizione del garante e del garantito rispetto all'appellazione.

Le difficoltà che s'incontrano a definirla nei suoi varii aspetti, sono state, io credo, esagerate. Tuttavolta la nostra legislazione, più razionale, ci aiuta a risolverla. Ne daremo i tratti principali.

a) Il garante può appellare contro l'attore principale se il garantito ha subito condanna.

Se si trattasse di *garanzia formale*, non ci sarebbe dubbio o questione. Una volta prestata la *garanzia formale*, il garante è il vero e solo interessato, anche di fronte all'attor principale (*V.* ANNOTAZIONI all'articolo 198). Ma in caso di *garanzia semplice* si può domandare quale azione vanti il garante contro di esso; e se il rapporto giuridico, nucleo dell'interesse appellatorio, non sia piuttosto ristretto fra lui e il garantito? Questa di fatti parve al CHAUVEAU ragione decisiva tanto che negò colla maggiore risolutezza il diritto di appellare al garante (in CARRÉ, quest. 1581, quat.). Ma egli ha dovuto confessare che tutta la giurisprudenza gli sta contro, recando lealmente in gran numero decisioni che condannano la sua dottrina. Il garante già ammesso in causa ha un verace e non disputabile interesse per appellare.

b) L'attore principale è tenuto a notificare l'atto d'appello e chiamare nel secondo giudizio anche il garante. Discordiamo puro in questo dal CHAUVEAU e dalla giurisprudenza francese, che è in massima favorevole alla sua tesi. Noi siamo indotti a tal conclusione dalla evidente disposizione del nostro articolo 469.

c) Il garantito che ha perduto in faccia all'attore principale, ma ha ottenuto che il terzo gli rimanga garante, interpone appello contro il primo.

Ciò è naturale, perchè il suo interesse è limitato a quella parte della sentenza che gli inferisce il gravame. Il garante può appellare dal canto suo e nell'interesse proprio.

d) Dell'effetto della rispettiva decadenza del garante e del garantito dal diritto d'appellare. Decorrendo il termine dell'appello dalla notificazione della sentenza, potrebb'essere già consumato per il garantito e non per il garante, o viceversa.

Ma poichè è stato ritenuto (sopra *a) b)*) che il garante può interporre appello per conto proprio, eziandio contro l'attore principale, per respingere non solo la pretesa azione di rilievo, ma anche la principale domanda, è palese che nel primo caso l'appello del garante torna utile similmente al garantito che dev'essere citato in appello. Ciò s'intenda del puro e semplice decorso del termine; altro sarebbe se il garantito *avesse accettata la sentenza*. Allora il garante può tuttavia appellare, ma la vittoria da lui riportata non tornerebbe che a suo proprio vantaggio, per esimersi da ogni responsabilità, e non a vantaggio del garantito rimpetto all'attor principale.

All'incontro se il terzo garante condannato al rilievo è decaduto dal diritto d'appellare, la sola questione che viene a formarsi in appello è fra il convenuto e l'attore principale; il garante però, *quoad effectum*, sarà favorito dalla sentenza che pronunciasse, per esempio, la inesistenza del debito, in virtù del gravissimo disposto dell'articolo 471, n° 1.

e) Il garante chiamato ma non ritenuto in causa non può appellare. Per sè non ha interesse; non può rivestirsi dell'interesse del garantito per appellare contro il debitore prin-

cipale, perchè rimase estraneo alla causa.

f) Del garantito messo fuori di causa. Ciò avviene nelle garanzie formali. Il garante è il vero e diretto contraddittore, come si disse; nondimeno se il garantito stima del suo interesse di persistere nel giudizio, più ancora se è costretto a rimanervi (articolo 198), mantiene ogni suo diritto tutelare e conservativo, e quindi anche quello di appellare.

g) Se l'attore principale respinto dal primo giudicato decade dall'appello, è chiaro che il garante è sciolto da ogni obbligazione rispetto al garantito. Se vi è difficoltà, nasce dal concorso di tre interessi che sono diversi, ed ora opposti ed ora conformi. Come questi tre interessi, di un attor principale, di un convenuto attore in garanzia, e di un terzo garante, si racchiudono in uno stesso giudizio, ne deriva che l'arena su cui si vengono combattendo è a questo effetto comune; quindi, nella rispettiva posizione e nel rispettivo interesse, comune è l'appello. Ma è questo medesimo interesse che, ora più esteso, ora più limitato crea per forza ineluttabile delle cose quelle posizioni varie sulle quali abbiamo rivolto un momento lo sguardo.

Articolo 487.

L'appello incidentale è proposto con comparsa. Esso deve proporsi

Nella prima risposta anteriore all'iscrizione della causa a ruolo, nei procedimenti formali;

Nelle conclusioni prese alla prima udienza in cui si tratta la causa, nei procedimenti sommari.

L'appello incidentale non è efficace se l'appello principale sia rigettato per essere stato proposto fuori termine; negli altri casi il rigetto dell'appello principale, o la rinunzia al medesimo non pregiudica l'appello incidentale.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Aperte le porte del secondo giudizio mediante l'appellazione, si fa lecito l'ingresso sì allo stesso appellato per chiedere egli pure quelle riforme che stimasse necessarie, che ai consorti dell'appellante onde valersi dell'appello interposto. Quello è l'*appello incidente*, questo è l'*appello adesivo*. « Sancimus itaque si appellator semel « in judicium venerit et causas appellationis « suæ proposuerit, *habere licentiam et adver-* « *sarium ejus, si quid judicatis opponere ma-* « *luerit*, si præsto fuerit, hoc facere, et judi- « ciale mereri præsidium. Sin autem absens « fuerit, nihilominus judicem per suam vigo- « rem, ejus partes adimplere. » Così GIUSTINIANO nella Legge 39 de appell. et consult. poneva il fondamento di questo istituto, che più volontieri si nomò dapprima appello per adesione, quasi il diritto dell'appellato di reagire per parte sua *adhæreret* e fosse congiunto all'appello dell'avversario, come all'accusa si attacca la difesa, senza bisogno di ulteriore provocazione. VOET, lib. XLIX, tit. 1, 4, onde il DELUCA « appellatus potest adhæreri appellationi ».

Ciò quanto al principio. Collo svolgersi della pratica, e secondo che la esperienza venne a dir così meglio delineando i contorni dell'esercizio appellatorio, gli accidenti di modo e di tempo variarono. Quello che non è senza interesse storico, gli è che in legislazioni assai prossime, e in quella del Piemonte segnatamente, emerge che la estensione e il carattere dell'appello misurava allo stesso appellato il campo della opposizione, cioè in una stretta relazione coi capi impugnati.

Incontrastata la base del diritto, di due cose si occuparono i legislatori moderni: *della forma dell'appello* che cominciò a chiamarsi *incidente*, perchè occasionato dall'appello contrario che si chiamò principale; *dei termini per introdurlo*. Evidente che non poteva l'appellato costringersi a quel periodo ch'era prescritto all'appellante; quindi fu per l'art. 443 del Codice civile francese sancito che l'appellato poteva interporre l'appello incidente *in qualunque stato di causa*, malgrado avesse notificata la sentenza senz'alcuna protesta.

2. *Sul contenuto dell'appello incidentale.* Ora è statuito con molta semplicità che l'appello incidentale si propone *con comparsa*. Non si trova decretato altro rito, nè introdotte distinzioni relativamente *al contenuto di esso appello*. Intanto gli scrittori francesi pongono questo postulato, che l'appello incidente non si discerne dal principale *se non per l'anteriorità o posteriorità* (CARRÉ, PIGEAU, BOITARD, tom. III, pag. 48; TALANDIER, n° 401; CHAU-

VEAU in CARRÉ, quest. 1571 bis, ecc.). Da ciò un altro teorema che l'appello incidente *non è necessario* (il che però deve intendersi con certe restrizioni, come fra breve diremo): *egli può avere un oggetto separato, distinto e suo proprio.*

Quindi scriveva il PONCET (*De l'appel*, n° 275): « L'appel incident peut être ou *principal*, ou *accessoire*, suivant qu'il se dirige « contre le même jugement attaqué par l'appel « originaire, ou qu'il se dirige contre un autre « jugement (un altro capo del giudicato); *et « en ce dernier cas il est principal, non introductif* ». E l'autore non esita a dire che siffatto *appello principale non introduttivo* si propone nello stesso modo: per *via incidente* (*). « Appare da ciò, osserva opportunamente il « commendatore PISANELLI, che la qualifica« zione dell'appello incidente non dipende « punto dal merito del gravame. Quando un « appello è interposto dall'appellato, *sarà « sempre incidentale qualunque sia la parte « della causa sottoposta con esso al magistrato « superiore* (*Commentario*, vol. IV, 310).

Si risente di quel formalismo gretto e meschino, che omai comincia a dar volta, quella specie di riscontro limitativo per cui l'appello incidentale doveva circoscriversi al soggetto del primo appello, a modificare il capo appellato in quanto fosse gravatorio per lo stesso appellante. Vedetene l'esempio. Io domandai con una sola istanza, ma per capi distinti, la rivendicazione del fondo *A* coi frutti, e la rivendicazione del fondo *B* pure coi frutti. Vinsi quanto al primo, ma i frutti non mi vennero aggiudicati. Perdei del tutto rispetto all'altro fondo. L'avversario mio interpose appello del primo capo. Io proposi appello incidentale sulle altre parti del giudicato. Secondo la teoria che per noi si combatte, io non avrei potuto appellare incidentalmente che dal primo capo, domandando in riforma l'aggiudicazione dei frutti. Per contro noi diciamo che, *purchè sia espressamente chiesta la riparazione anche del secondo capo*, è sufficiente l'appello incidentale, che attaccandosi a quello già introdotto dall'avversario, fa in tutto l'ufficio di un appello principale, per cui la intera causa è portata al giudice d'appello.

3. *Del termine per l'appello incidentale.*

Sanzionando questa teoria, il capoverso dell'articolo 485 aggiunge che l'appello incidentale può esser proposto anche *quando sia scaduto il termine per l'appello principale.*

Non può negarsi che, per quello che si noterà fra poco, più cauto sarebbe stato l'attore o il convenuto appellando in via principale da quelle parti della sentenza che gli furono contrarie. La legge però è perfettamente logica, accordando termini ulteriori all'appello incidente, per ragione, come avvisano gli autori, di necessaria posteriorità. Non si dà incidente se un giudizio principale non è radicato. Talvolta l'appello principale non sarebbe possibile. Tizio domandò il pagamento d'una somma; Cajo, convenuto, opponendo di non avere il debito, promosse domanda incidentale nel primo giudizio onde fosse ammessa la prescrizione dell'azione. La sentenza rigettò, con distinta disposizione, questa domanda, ma nello stesso tempo rigettò anche quella del pagamento. Cajo appella da questa parte della sentenza; è ragione che Tizio appelli dall'altra, ma prima non avrebbe potuto farlo. Per dir tutto in uno, la legge, visto risorgere il problema della questione giudicata in primo grado, rimette le parti nello stato di reciproca libertà; non ammette acquiescenza a danno di colui che non appellò nel termine designato, purchè lo abbia fatto il suo contraddittore. E in questo considera che se, per amore di pace, e ad evitar nuove contese, si subiscono anche talora sentenze ingiuste, la disfida stessa dell'avversario vi dà il diritto di riprendere le ostilità, permettetemi la frase guerresca, su tutta la linea.

Questi discorsi giustificano il nuovo termine, e ne mostrano il bisogno. Il limite del termine è divisato nei primi due numeri di questo art.

4. *Della caduta dell'appello incidentale.*

Quali ragioni hanno determinato l'ultimo periodo, la cui redazione è veramente inappuntabile?

L'appello incidentale cade se il principale fu proposto fuori di termine.

La ragione si è che non vi fu mai appello; *e i giudici non furono mai investiti di giurisdizione per sindacare la prima sentenza*, che era passata inesorabilmente in giudicato.

a) Se l'appello è rigettato per altri motivi, non pregiudica all'appello incidentale.

Un appello nullo ed effettivamente annullato per inosservanza di forme, o per altro motivo qualunque che non sia di tardività, lascia incolume l'appello incidentale.

(*) *Tale incidente* non ha nessun rapporto *cogli incidenti propriamente detti*, sistemati nell'art. 181 e seg. Esso prende la sua denominazione non in relazione allo stesso giudizio e come un giudizio subalterno, ma in relazione *all'atto introduttivo* della causa d'appello.

Ciò dimostra essere questo *un diritto sostanziale sussistente per se stesso ogni volta che i giudici siano stati investiti di giurisdizione per conoscere della causa.* Ripeto il principio perchè ci dà la chiave delle differenze, la cui ragione a primo aspetto non appare. Anche gli atti nulli hanno capacità attributiva di giurisdizione, perchè esistono e hanno d'uopo appunto dell'esercizio effettivo della giurisdizione per esser dichiarati tali. Non altrimenti si dirà se l'appello perisce *per deserzione.* La deserzione implica un abbandono successivo, ma la sua apparizione fu legittima; e per essa la giurisdizione fu messa ad atto.

Fermo che la *deserzione dell'appello principale non fa cadere l'appello incidente* (il che oltre l'appoggio della ragione ha pur quello della legge positiva), io credo dovermi associare a ciò che insegna su questo punto il PISANELLI: « Se però la deserzione dell'appello « principale fu pronunziata quando anche l'ap« pellato fosse in tempo per proporre un ap« pello incidente, ei nol potrebbe, perchè « l'ufficio del magistrato e il giudizio d'appello « si troverebbero esauriti » (*Comment.*, vol. IV, pag. 237). Io dedussi la sostanzialità dell'appello incidente dal suo proprio carattere, sempre eccettuata la *questione di tempo.* La introduzione dell'appello principale, e la sua introduzione in tempo debito fanno che l'appello incidente abbia una esistenza che poscia non dipende dalla conservazione dello stesso appello principale. *Ma se questo fu già dichiarato deserto prima del nascimento dell'appello incidente*, mancò, a così dire, il terreno su cui posarsi; mancò la base.

b) Poche parole *sulla rinunzia.*

In presenza di un testo così chiaro basterà osservare l'effetto della rinunzia dell'appellante *anteriore alla domanda di appello incidentale.* Potrei citare una folla di autori per concludere che *se l'appello incidentale non è introdotto*, non può più aver luogo; e non resta che provocare in via principale se c'è ancor tempo. Le ragioni sono quelle stesse che io recai di sopra, e non avrei che a ripeterle.

Articolo 188.

L'adesione indicata nell'articolo 470 si fa per comparsa, nel termine stabilito per rispondere all'atto di appello, o alla prima udienza in cui è trattata la causa, secondo la natura del procedimento.

Annotazioni.

1. L'*appello incidentale* ha un carattere evidentemente riconvenzionale; l'appellato reagisce e diviene a sua volta appellante, e così si ricostituiscono, più o meno, le posizioni che le parti mantenevano l'una contro l'altra nel primo giudizio. Ha un altro carattere l'*appello adesivo.* Resta immutabile la materia dell'appello; l'appellato non reagisce, ma invece *si aumenta il numero degli appellanti* che si vengono giovando dell'appello altrui, secondo la facoltà attribuita dall'art. 470. L'appellante colla sua citazione e cogli atti occorrenti ha fatto, per così dire, la strada; ha aperto lo sbocco per cui anche altri interessati possono passare: *quia per appellationem principalem jam suspensa est sententia, et omnibus, quibus gravamen allatum, via aperta est ut non sit opus alia appellatione* (ABECCLESIA, observ. 24, n° 3).

La utilità dell'appello adesivo consiste più nel modo e nella forma che nella sostanza; perchè trascorsi i termini ordinarii dell'appellazione, e in una maniera facile ed economica, si può entrare nel giudizio e dir le proprie ragioni contro la sentenza. Ma la forma, come sempre, conferisce alla sostanza; poichè diversamente sarebbe interdetto il combattere la sentenza per proprio conto; e quando poi non si potesse allegare quell'interesse più forte ed essenziale, che è singolarmente protetto dall'art. 471, il difetto dell'appello, o principale o adesivo, indurrebbe l'accettazione della sentenza.

2. La base dell'appello adesivo è la comunanza dell'interesse, e di quale natura e come si differenzi da quello considerato nell'articolo successivo, fu per noi spiegato all'art. 470. Qui l'interesse comune è inteso in largo modo; l'avere propugnata insieme la contesa del primo giudizio con mezzi forse diversi, però non discordi; l'interesse che tutti dividiamo per abbattere la sentenza, costituisce un vincolo sufficiente per l'appello adesivo.

3. Bisogna però riflettere che l'appello adesivo ha molto minore ampiezza dell'appello incidente. L'appello adesivo, come suona la parola, *è l'associazione ad un appello che preesiste*, e non può avere una portata maggiore (Corte di Torino, 11 luglio 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. II, pag. 305). Quindi se l'ap-

pello principale è ristretto ad un solo capo della sentenza, l'adesivo non abbraccia altri capi, solo vi si estende in quanto l'appello fondamentale vi si può estendere; cioè in quanto i varii capi della sentenza siano tra loro dipendenti e connessi (Corte di Casale, 12 gennaio 1849, BETTINI, part. II, pag. 514).

Articolo 489.

Quando l'appellante non abbia fatto il deposito della sentenza, degli atti del primo giudizio, e del mandato, nel termine e in conformità dell'articolo 158, l'autorità giudiziaria, sulla domanda dell'appellato comparso nel termine della citazione, rigetta l'appello.

Lo stesso ha luogo quando l'appellante non sia comparso all'udienza stabilita nella citazione, se questa sia in via sommaria, o, comparendo, non abbia presentato i documenti sopra indicati.

Quando l'appello sia proposto dalla parte a cui l'altra abbia fatto notificare la sentenza, basta il deposito della copia notificata.

Annotazioni.

1. Le obbligazioni imposte all'appellante nel primo periodo sono complesse; la mancanza di una delle tre condizioni quivi enunciate dà luogo alla *reiezione dell'appello* (*). Adempite cotali formalità, l'appello, nelle *cause ordinarie o di procedimento formale*, è radicato. Allora si ha diritto che le ragioni che opponiamo alla sentenza siano prese in esame. Se invece il *giudizio è sommario*, bisogna presentarsi all'udienza divisata nella citazione e produrre inoltre *i documenti indicati*; si aumenta adunque il numero delle formalità.

2. Poichè qui si parla di procedimento *ordinario* e di procedimento *sommario* in appello, giova ricordare le disposizioni relative.

L'articolo 389 dichiara per quali cause avanti i tribunali civili e le Corti d'appello si forma il procedimento sommario: la disposizione generale abbraccia anche i giudizi d'appello. Nei due primi numeri di quell'articolo questo rito è prescritto. Nel terzo è data larghissima autorità al presidente. Io credo perciò che il presidente d'appello non sia veramente legato da veruna legge, dei due primi casi in fuori; ma sono convinto essere conforme allo spirito del Codice, che in appello si prosegua nella forma adottata nel primo giudizio, che si vuol ritenere analoga alla qualità della controversia. Trovo per altro che, abolito l'articolo 543 dell'ultimo Codice, questa regola ha cessato di essere obbligatoria.

È noto che avanti i tribunali di commercio il *procedimento formale* è meno ampio; tuttavia si distingue ivi pure dal *sommario* che viepplù si restringe (art. 393 e seg., art. 411 e seg.). Non occorre osservare che le pratiche iniziali ordinate in questo articolo sono pure compatibili avanti il tribunale di commercio in grado d'appello.

Siamo fatti accorti che più non domina il rigoroso principio che imponeva la ripetizione delle stesse forme di procedimento in appello, come lo osservava testè. Si è lasciato una certa maggior discrezione ai giudici della causa; sono diminuiti i pericoli e le nullità. Talvolta si vede adottato in prima istanza, col consenso delle parti, spinte da un comune desiderio di far presto, un rito poco conforme alla gravità della controversia; e non deve imporsi come una convenzione irretrattabile, o come una legge d'ordine, al giudice d'appello. È però stato conservato e nuovamente proclamata la facoltà di mutare ove occorra, in formale il giudizio sommario sino ad un certo punto osservato (art. 391).

3. Premessi i quali richiami, dico che la deserzione richiede sempre una domanda della parte cui interessa, e non può essere decretata d'ufficio. Può talvolta convenire all'appellato

(*) Soleva chiamarsi *deserzione* l'abbandono dell'appello. Il cangiamento mi fa un certo dispiacere; nel foro la *deserzione dell'appello* è una frase così famigliare, così esclusivamente propria di questo stato di cose, che la sostituzione non dovrà parere una novità felice. Forse alla parola *deserzione* è troppo attaccata la idea della inesistenza assoluta dell'appello e della nullità di diritto che, come vedremo, si è voluto evitare. Se questo è il motivo, lo scrupolo mi parrebbe soverchio: quanto a me domando licenza di usare ancora questo vocabolo, certo di essere più prontamente inteso.

di proseguire la causa, o per correggere certi difetti della sentenza, o per ottenere certi vantaggi dalla seconda decisione, o per altre viste. Egli stesso può supplire alle mancanze dell'appellante. Grave però si presenta il dubbio, ove *dopo avere trattato il merito nelle difese*, l'appellato si risolva a domandare la deserzione dell'appello. Qualche recente nostra decisione ha detto che non è necessario proporre la eccezione della deserzione nella prima comparsa (Cassazione, 30 giugno 1864, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, pag. 128). Non mi consta di decisioni pronunziate nel senso di ammettere la domanda *in ogni stato di causa*. La Rota (i cui responsi saranno venerabili in tutti i tempi) in legislazione identica, non accolse mai la domanda di deserzione di appello, dopo la trattazione del merito d'accordo e senza riserva, ostando il quasi contratto giudiziale. Se una nullità non è pronunziabile d'uffizio, generalmente parlando, non è considerata d'ordine pubblico.

4. Condizione all'esercizio di codesto diritto è *la comparsa dell'appellato nel termine della citazione*; e per corrispondente, la comparsa all'udienza fissata nei giudizi sommarii. Il contumace perde il diritto all'eccezione perchè non può pretendere al premio dei diligenti. Ulteriore argomento a dimostrare non essere eccezione d'ordine pubblico (*).

5. La disciplina forense è di frequente agitata sulla intelligenza di questa legge interessante; e in effetto, quantunque la lettera sembri prescrivere la esibizione di *tutti gli atti del primo giudizio*, la giurisprudenza, inspirandosi alla mente del legislatore, decide che *basta produrre gli atti necessarii*. Fra molte decisioni della Corte regolatrice è osservabile quella del 28 giugno 1865 di un compianto nostro collega. Il seguente brano può valere una teoria: « Attesochè la disposizione dell'art. 546 (conforme al presente), « per il quale l'appellante deve sotto pena di « decadenza depositare in un dato termine gli « atti del primo giudizio, non può, senza falsarne lo spirito e ridurlo ad un irragionevole rigorismo, essere intesa nel senso che « di tutti indistintamente gli atti del primo « giudizio venga fatto il deposito, e perciò anche di quelli che non possono servire che di « inutile ingombro. In quella vece seguendo « la chiara intenzione della legge combinata « colla massima che in materia di decadenza « debba prevalere la interpretazione restrittiva, si è nella giurisprudenza di questa « Corte suprema costantemente tenuto per « fermo che ad evitare la pena di decadenza « comminata dall'articolo, *basti il deposito di « quegli atti e documenti che siano indispensabili a porre i giudici d'appello in grado « di decidere la causa innanzi ad essi portata, « e propriamente quei punti soli di questione « sui quali sono chiamati a pronunziare*. Così « pure fu sempre dichiarato non potersi esigere la riproduzione di quei documenti e « quegli atti il cui tenore sia pacifico fra le « parti o venga indubbiamente constatato dalla « sentenza cadente in appello » (Relazione CAZZANIGA; *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1865, vol. 1, pag. 202).

Articolo 490.

Nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove: se proposte devono rigettarsi anche d'uffizio.

Possono domandarsi gl'interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza, e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

Può proporsi la compensazione, e ogni altra eccezione alla domanda principale.

Possono dedursi nuove prove.

Annotazioni.

1. In appello non sono ammesse *domande nuove*, ma sono ammesse nuove eccezioni, nuovi documenti, nuove difese. Il postulato è: *unità di oggetto, varietà di mezzi*. In ordine a quello il giudizio d'appello è continuativo; in ordine a questi è una battaglia che si rinnova e si combatte con tutte le armi.

2. L'argomento non può dirsi difficile, ma è fecondo di combinazioni e non agevole a presentarsi in uno stretto compendio. Ten-

(*) Le regole della contumacia hanno luogo anche nel giudizio d'appello.

tiamo di comporre in serie alcuni canoni più rilevanti.

a) Nozione della nuova domanda.

La *domanda introduttiva* del giudizio si svolge nel corso *delle conclusioni* se il giudizio è ordinario, o si modifica all'udienza se il giudizio è sommario; e così riveduta e rettificata nelle varie esigenze dell'interesse, la domanda si porge al giudice come misura e forma della sua decisione. Qui parliamo delle conclusioni *petitorie*, non delle semplicemente *dimostrative*, le quali rientrano nella categoria dei mezzi. Nuova domanda è sempre quella che è diversa oggettivamente, sostanzialmente, cioè non per accessorio eccede la prima domanda.

Due difficoltà s'incontrano per apprezzare le *domande nuove* in appello: 1° se non abbiano per avventura radice e ragione di essere in conclusioni prese nel primo giudizio; 2° se non abbiano a caratterizzarsi piuttosto *per eccezioni* o mezzi reattivi, che per vero ed obbiettive domande.

Avverto cosa abbastanza nota, che l'appellante non è tenuto a spiegare tutti i suoi mezzi nella citazione o prima comparsa d'appello (Cassazione, 27 ottobre 1863, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 208). Può presentarli successivamente riunendoli nella definitiva o ultima conclusione a pena di sentirsi opporre che le precedenti istanze furono abbandonate. Il tessuto del processo d'appello, salve le modificazioni che gli sono proprie, non differisce dal primo.

b) Delle domande virtualmente comprese in quelle formate in prima istanza, o connesse.

Una istanza di separazione di patrimonii genericamente proposta può concretarsi in appello mediante l'effettiva divisione (MERLIN, *quest. de droit*, v° *Appel*, § 14; TALANDIER, pag. 357, 368, Cassazione francese, 17 ottobre 1809).

La domanda *di tutte le indennità di ragione* comprende virtualmente la restituzione del prezzo della vendita che per conseguenza può chiedersi in appello (Cassazione, 24 fiorile, anno XII, *Journal Avoués*, tom. IX, pagina 60).

È virtualmente chiesto quello che è connesso o dipendente *ex necesse*. La domanda di demolizione è conseguenza della principale che si è fatta sull'avere l'avversario turbato il mio possesso di fabbricare sul mio terreno.

c) Domande accessorie.

Sono diverse da quelle or ora considerate, perchè queste non sono veramente comprese in modo virtuale, e a dir così compenetrate nella prima; ma invece ne sono uno sviluppo ed una estensione.

Intorno a questo ci soccorre la precisione del testo (1° capoverso). È della natura dell'accessorio *seguire il principale*. La pronuncia sui frutti e interessi, scaduti *dopo la sentenza*, sono nella giurisdizione dei secondi giudici; non per quelli scaduti *ante libellum*, pei quali avendosi azione sin d'allora, avrebbero dovuto domandarsi almeno in modo generico.

E così dicasi dei *danni*. Se sono *anteriori*, se non furono chiesti, non possono domandarsi in appello. L'azione del danno può esser dipendente da un fatto da stabilirsi, come può esser principale: non può mai dirsi propriamente accessoria. Se i danni sono *posteriori alla sentenza*, derivanti perciò non dall'azione originaria, ma *da fatti imputabili all'avversario pendente la lite*, quantunque domande nuove, appartengono al giudice d'appello per l'ordine e necessità stessa delle cose, altrimenti non si saprebbe più a quale autorità giudiziaria proporre la domanda.

d) Domande provvisionali. Siamo nel dominio delle stesse regole. Se il bisogno di provvedere precedeva l'originario libello, io credo che per ampliazione di esso, o per la stessa condizione o qualità della causa, la domanda di provvisione avrebbe potuto formarsi nel primo giudizio. In appello però sarebbe domanda evidentemente nuova. Non così se il bisogno di provvedere si fosse manifestato nel corso della causa e specialmente d'appello (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1675, Cassazione francese, 14 luglio 1809, tom. VI, pag. 563).

e) Se le risultanze del processo portino a tale che convenga domandare ciò che costituisce l'oggetto del giudizio in una forma diversa, non si propone una domanda nuova.

È un raro fenomeno giudiziale, ma il foro è ricco di qualch'esempio del quale si deve tener conto nell'interesse della teoria. Fu chiesto in prima istanza il *prezzo di cosa venduta;* in appello si rilevò che il contratto era simulato a ciò portando le deduzioni stesse del convenuto. Il procuratore dell'appellato domandò con abile evoluzione non più il prezzo ma la cosa. E gli fu accordato (Cassazione, 21 luglio 1858, ricorso Corino-Parrocchia di S. Ilario, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 390).

f) Quando la domanda che si fa in appello, quantunque non fatta in prima istanza, si risolve in mezzo di prova per convalidare la libellata domanda, si ammette, non avendo carattere di domanda nuova.

È questa pure una varietà singolare, ma

se il caso non fosse mai nato, bisognerebbe idearlo per completare la teoria. Si domandò dichiararsi decaduto dall'ufficio di certa cappellania un cappellano che non adempiva ai suoi doveri. In appello si propose la *nullità della nomina* del cappellano, cosa non domandata in prima istanza. Fu sapientemente giudicato che la domanda *faceva funzione di mezzo*, tendendo a sempre più stabilire che l'attore era in diritto di domandare la rimozione del cappellano da quell'ufficio (Corte di Torino, 17 gennaio 1854, Collobiano-Favaro, BETTINI, part. II, pag. 49). La bontà della decisione è comprovata dal seguente riflesso. Nel caso fu d'uopo provocare la nullità della nomina con atto di citazione; non bastava la eccezione mediante *comparsa;* e nonostante, per essa *non si ampliava l'oggetto finale del giudizio.* Era quindi semplicemente un mezzo di attacco, una dimostrazione ulteriore del buon diritto dell'attore: *avrebbe cangiato natura soltanto per la diversità del modo con cui un siffatto mezzo ha dovuto proporsi?*

g) Una domanda fatta in appello che rappresenti l'adempimento di una condizione necessaria o utile almeno a conseguire lo scopo del giudizio, non è domanda nuova a senso dell'art. 490.

In via di massima può vedersi la sentenza del 4 febbraio 1858 della Corte di Casale (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 630). Ce ne porge esempio la sentenza 20 giugno 1856 della Corte di Genova (Ivi, 1857, pag. 57). Si tratta di azione intentata dal venditore con patto di riscatto per la ricuperazione della cosa venduta. Ossia per le eccezioni sollevate nel corso del giudizio, o per altri motivi, l'attore giunto in grado di appello, stima di potere di molto avvalorare la sua domanda, se pure non risponde a una necessità della sua posizione, depositando ed offrendo il prezzo. Gli viene opposto che in appello non può farlo, o che non può ciò fare in verun modo, oppure si disputa sulla facoltà di eseguire o ricevere un deposito o un pagamento. Dal canto suo l'attore sente di dovere invocare una dichiarazione del giudice d'appello. Si obbietta — *domanda nuova.* — Non è domanda nuova, non avendo per fine di cangiare o modificare la prima domanda, ma di darvi maggiore appoggio e meglio assicurarne l'evento.

Quelle che siamo venuto sin qui esaminando sono vere domande, ma o *si svolgono dal primario concetto della causa*, e vi sono virtualmente comprese; o sono l'effetto della necessità, e hanno semplicemente carattere di *domande incidenti;* o sono dirette a dare appoggio all'azione intentata.

h) Dei mezzi di difesa dell'azione. Alcune delle accennate nozioni appartengono a questa vasta categoria *dei mezzi di difesa dell'azione.* Il consiglio che mi permetto di dare è questo: che meno si guardi alle sembianze della proposta che alla sua ragione, coll'indagarne il vero scopo.

I mezzi possono cangiarsi: può cangiarsi quindi del tutto il sistema di difesa. Dopo aver fondato la domanda libellare sulla lesione onde ottenere la nullità della vendita, in appello l'attore sostiene, al medesimo scopo, che non fu sborsato il prezzo (Cassazione, 2 luglio 1806, lib. VI, t. 1, pag. 353). Se un creditore ipotecario domanda in appello la nullità di una iscrizione ipotecaria vantata da un creditore che gli sarebbe anteriore nel concorso, non fa che esercitare un mezzo di difesa (Cass., 20 genn. 1810, *Jour. Av.*, IX, 71).

i) Dei mezzi di difesa contro l'azione.

Il campo delle eccezioni è senz'alcun dubbio più esteso; l'eccezione non ha limite nè di numero nè di tempo; l'eccezione è perpetua. Essa può presentarsi nella sua consueta forma *di risposta all'azione;* se riveste una forma diversa, quella di una domanda con atto di citazione, non conserva meno l'indole sua, non si trasforma in una domanda che debba respingersi *per novità*, quando il suo indirizzo avversativo dell'azione chiaro risulti. Laonde fu deciso che l'*istanza per annullamento di un titolo* che forma la base dell'azione, per causa di dolo e frode, quantunque elevata la prima volta in appello, deve accogliersi (Corte di Rennes, 9 agosto 1817, *Journal Av.*, t. IX, pag. 108). Intorno a ciò decide sovranamente la legge: « Può proporsi « la compensazione, e *ogni altra eccezione* « *contro la domanda principale* ».

l) Sulla eccezione della compensazione.

Le domande riconvenzionali sono domande nuove (Corte di Torino, 21 gennaio 1851, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 241. La stessa Corte, 17 aprile 1857, ivi, pag. 465; Casale, 8 marzo 1858, BETTINI, part. II, pag. 343). *La compensazione* per un gius speciale scritto nella legge, e per la natura sua estintiva del diritto d'azione, viene eccettuata.

La stessa legge regna in Francia (art. 464 del Codice di procedura civile). Fra le diverse distinzioni, più o meno solide, che la dottrina introdusse su questo tema, la più notevole è quella che ritiene doversi restringere la eccezione di compensazione *a quella che non è contestata.* Noi staremo contenti all'indicare

semplicemente e richiamare all'attenzione la regola, o meglio quel complesso di regole che sono scritte nell'art. 102.

L'articolo è fatto pei conciliatori e pretori, pei giudici minori, la cui competenza è di leggieri superata dalla eccezione. I limiti ulteriori assegnati alla competenza di quei giudici, o si riguardi la impugnativa a cui soggiace la opposta compensazione, o alla virtù e potenza del titolo nel quale la domanda è fondata, possono credersi esclusivamente proprii di quella giurisdizione delicata, se mi permettete la frase, che non sopporta forti contrasti nè troppo lunghe contestazioni.

Io vengo a fare una avvertenza grave, ed è, che, sebbene l'art. 102 sia scritto pei giudici minori, contiene principii ai quali si deve un'applicazione più estesa. Ciò non esclude che la prima parte specialmente del suddetto articolo non si avvinca in particolar modo alla competenza dei giudici inferiori per le premesse osservazioni. Nei giudizi maggiori, a valore indeterminato, *la impugnativa del credito*, che è titolo alla compensazione, non avrebbe la stessa forza; onde non ammetterei in massima l'accennata dottrina francese, sebbene da gravi autori insegnata (LANGLADE [?], pag. 103, n° 4; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1674, vol. VI). Molto dipende dalle circostanze dei casi e dal criterio del giudice a rilevare se la compensazione proposta in appello (non tardiva secondo il diritto, ma che non ha una presunzione favorevole) meriti accoglienza; osservata però rigorosamente la parte precettiva del diritto (art. 1283 e seg. del Codice civile). Ma l'ultimo periodo dell'art. 102 racchiude tale ordinamento d'ordine probatorio che io reputo generale, senza però promulgarlo imperativo e categorico, come non lo è neppure nel dettato del medesimo articolo. È *una facoltà* che i giudici hanno di giudicare in quei casi la domanda riservando la eccezione; facoltà per altro da cui si deduce che un'azione fondata *in un atto pubblico* o *giudiziale*, o *in una scrittura riconosciuta, o in una confessione giudiziale*, ha grado di superiorità rispetto ai titoli del credito compensabile meno autentici e meno provanti.

3. Non posso trascurare per la sua importanza un ultimo riflesso.

L'art. 490 contiene e custodisce un alto principio d'ordine pubblico; il suo disposto appartiene alle regole fondamentali della giurisdizione.

Ne segue, *che gli accordi delle parti non possono autorizzare il giudizio d'appello sopra domande che presentassero una questione veramente nuova.*

La storia ci addita i dubbii, le incertezze che divisero le opinioni e la stessa giurisprudenza della Corte suprema in Francia. Si videro le due Camere decidere l'identico punto di questione in modo opposto. CARRÉ (quest. 1626, TALLANDIER, *De l'appel*, p. 361, n° 335) e MERLIN, nel primo tempo, professarono la dottrina della sezione dei ricorsi che vi scorgeva una questione d'interesse privato. Di poi il MERLIN (che nell'assiduo esercizio pratico aveva occasione di cimentare la bontà delle sue teorie) e il CHAUVEAU sostennero con evidenza di ragioni che qui si tratta di vera *incompetenza per ragione di materia*; e questo io pure tengo per indubitato.

4. Che dire, se nel corso della causa d'appello nasca sentenza interlocutoria che ammetta con un precedente irretrattabile l'esame della *nuova domanda?* Per esempio, si è chiesta nel primo giudizio sentenza di finita locazione e la riconsegna del fondo locato. Non si toccò dei danni che il conduttore avrebbe recati al fondo. L'attore vincitore ed appellato ne fa domanda in appello. La domanda è nuova; ma non essendo contrastata, la Corte ordina una perizia che rilevi l'importare del danno. Quegli stessi maestri i quali insegnano che la questione *è d'incompetenza assoluta*, s'inchinano all'autorità della cosa giudicata, chè tale secondo essi sarebbe quella sentenza. « Le défaut de pouvoir dont nous argomentons serait couvert par un arrêt préparatoire non « attaqué ou passé en force de chose jugée, « qui aurait ordonné soit de plaider sur la « nouvelle demande formée en cause d'appel, « soit sur le fond de procès non encore en « état d'être jugé, soit sur l'action principale « intentée directement avant la Cour d'appel. « *En effet, l'autorité de la chose jugée couvre « tous les vices, tous les nullités, tous les excès du pouvoir* » (MERLIN, quest. du droit, v° *Appel*, § 14, art. 1; CHAUVEAU, quest. 1676).

Questa proposizione ha una estensione terribile e generalmente vera. Ma lasciando stare se la decisione di cui parlano quegli illustri sia di qualità da costituire cosa giudicata, si desidera sapere come si possa reintegrare per qualsivoglia causa la incompetenza *ratione materiæ*, ossia *la incompetenza assoluta?* (*) O io m'inganno, o questa è una flagrante contraddizione.

(*) Il CHAUVEAU nel corso di questa medesima dissertazione dice: « Nous pensons comme lui (MERLIN),

Articolo 491.

Nel giudizio di appello non si ammette intervento in causa, se non di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo, salvo il disposto dell'art. 205.

Annotazioni.

1. L'*intervento* non è di natura da introdurre in appello una *domanda nuova*, siccome la chiamata in garanzia; ma vi arreca un *elemento nuovo* (*), una complicazione che la legge vuol evitare; se non che *la necessità della giustizia* o *il diritto di difesa* che si deve tutelare a favore di certe determinate posizioni giuridiche, hanno consigliate le due eccezioni che si leggono nel nostro articolo.

Quale profonda mutazione ha subito l'articolo 551 dell'ultima procedura piemontese! Ivi era detto: « Non sarà ammesso in appello « alcun intervento in causa che abbia per og- « getto una nuova domanda ». Vi era dunque tal sorta interventi che veniva ammessa. La questione dell'intervento avvolgevasi non senza confusione con quella di *domanda nuova*, di cui abbiamo saggiata in parte la pericolosa analisi (**). La redazione, ampliando i suoi concetti, si è fatta perspicua e precisa.

L'intervento *necessario* o *ufficiale*, puro di ogni artificio difensivo, non sollevando in effetto nuove pretese, non aumentando l'oggetto della lite (*V.* ANNOTAZIONI all'art. 205), è reclamato dall'interesse della verità. Ciò quanto alla prima limitazione.

Il nuovo Codice ha riabilitato l'utile e liberale istituto della *opposizione del terzo* (capo IV di questo Titolo). Per esso chi ha risentito pregiudizio da una sentenza nella quale non è intervenuto, trova un rimedio che lo dispensa dal rinnovamento di tutta la lite (*V.* ANNOTAZIONI all'art. 550). Ma quest'azione non si esercita che a giudizio finito. L'intervento largisce al terzo un vantaggio anco maggiore; il terzo può influire colle sue difese sulla decisione principale, e prevenire il pregiudizio medesimo.

2. Bisogna por mente che per intervenire in appello non basta più un interesse qualunque, più o meno remoto, quale può esser sufficiente in prima istanza; ma si richiede quello interesse prossimo che deriva dal pericolo che *la sentenza possa rendersi esecutoria contro lui stesso*.

Quindi è che un creditore è fondato abbastanza nell'interesse che, come tale, ha per sostenere i diritti del suo debitore, che gli valgono a garanzia quando si tratti d'intervenire nel primo giudizio: simile interesse non gli basta in appello. Diamo che questo creditore sia intervenuto nel primo giudizio; *egli potera appellare*, non intervenire *ex novo* nel secondo giudizio (TALANDIER, n° 293 e 298; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1680 ter).

3. Perchè si ammette intervento, quantunque così condizionato, e non chiamata in garanzia? Perchè si ammette l'intervento disegnato dall'articolo 205, e non quello proposto dall'articolo 203? È chiaro. Chiunque, *non per volontà propria ma in forza di un diritto altrui*, subisce un giudizio che gli può tornar dannoso, non dev'esser privato di un grado di giurisdizione. Si è già detto a suo luogo che l'*intervento ordinato d'ufficio* non impone al chiamato veruna delle obbligazioni della causa.

4. *Il terzo che ha diritto di opposizione può essere forzato ad intervenire in appello?* S'egli è un diritto, come si trasforma in obbligazione? Tuttavia ecco una teoria di MERLIN, coronata dalla Corte di cassazione. « En effet « le droit qu'a d'intervenir en cause d'appel la « partie qui pourrait attaquer, pour voie de « tierce opposition, le jugement à rendre, *en- « traîne nécessairement pour les parties prin- « cipales le droit de le forcer à intervenir ef- « fectivement*, lorsqu'elle ne le fait pas d'elle « même. L'un est absolument corrélatif à « l'autre; et d'ailleurs, quel tort on fait à « cette partie, en la mettant en cause d'appel? « La prive-t-on d'un premier degré de juridi- « ction? Non, assurément; car si sur l'appel « elle n'était pas mise en cause, et qu'elle « usât ensuite de son droit de former tierce

» que l'incompétence des tribunaux supérieurs pour « connaître d'une demande non soumise aux juges in- « férieurs *est une incompetence* ratione materiæ ». Et « par conséquent les parties *peuvent réclamer en tout « état de cause* contre cette privation du premier degré; « *leur consentement même explicite ne lui ôte pas le « droit* ».

(*) L'intervento non è che un'*adjectio personæ*, fermo restando l'oggetto della lite.

(**) L'art. 550 del Codice di procedura napoletano ha prevenuto il nostro, che ha fatto un passo più avanti od ha completata quella istituzione.

« opposition à l'arrêt, elle devrait porter sa « tierce opposition devant la Cour d'appel, « elle ne pourrait pas la porter ailleurs; on « ne le fait donc, en la mettant en cause, que « hâter le moment de sa comparution directe « et immédiate devant la Cour d'appel » (Decisioni della Cassazione francese, 20 brumaio, anno XIII, 13 ottobre 1807, 8 agosto 1808). Del resto è dottrina generale; e meglio eziandio secondata dalla forma testuale del nostro articolo che dall'articolo 466 del Codice civile di procedura francese.

Articolo 492.

Quando l'autorità giudiziaria confermi una sentenza interlocutoria o incidentale, o riformandola non decida definitivamente il merito della causa, questa si deve rinviare, per il corso ulteriore, all'autorità giudiziaria di primo grado.

Se nel riformare una sentenza definitiva l'autorità giudiziaria d'appello ordini ulteriori atti di istruzione, può ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici.

Articolo 493.

Quando in prima istanza siasi pronunziato soltanto sulla competenza, anche in appello si pronunzia solo su questa.

Quando in prima istanza siasi pronunziato anche sul merito, non si può in appello conoscere di questo, se sia dichiarata l'incompetenza dei primi giudici.

Annotazioni.

1. Il sistema contenuto in questi due articoli merita particolare attenzione. Esso non si diparte sostanzialmente da quello che era già noto per l'antecedente Codice sardo, ma, oltrechè è più compatto e più comprensivo, il pensiero elevato del legislatore ne traspare assai meglio, anche per la nettezza e precisione del dettato.

La idea dominante di questo sistema è la incolumità del diritto delle parti, e la guarentigia dei giudizi che è riposta nel doppio esame. È della crescente civiltà giuridica il produrre questo effetto, sendochè si viene di mano in mano allontanando il sospetto di un preconcetto passionato nei giudici inferiori che portarono diversa opinione, onde non si dubita di rimettere ad essi il giudizio di merito se contro ragione si dichiararono incompetenti; o di rivestirli di giurisdizione dopo una sentenza interlocutoria che si trovò ingiusta e fu riformata.

Rispetto alla parte letterale dell'articolo deve lodarsi dell'avere abolita quella parola *esecuzione*, ripetuta più d'una volta negli articoli 555 e 556 del citato Codice, con imitazione poco pensata degli articoli 472 e 473 del francese; voce molto inesatta se trattavasi soltanto dell'ulteriore svolgimento della causa non giunta ancora al suo termine definitivo; molto equivoca perchè comprendendo il concetto della esecuzione forzata della sentenza, entrava, contro intenzione, in questo campo, non senza compromettere in certo modo le norme di competenza della esecuzione forzata (*).

2. Premessa questa breve introduzione, è notevole che dalla eliminazione dei casi contemplati risulta che niuno dei regolamenti quivi prescritti ha luogo *quando il giudice di appello decide definitivamente il merito della questione.*

La ragione, non molto apparente, del capoverso dell'articolo 492 ci vien data dal signor PISANELLI nella Relazione. « Dal fatto che « questo (il primo giudice) riconoscendo il me- « rito della causa in istato di esser definito, lo « ha deciso, *ne viene che la causa ha percorso* « *il primo grado di giurisdizione interamente;* « onde il magistrato d'appello potrà ritenere « la causa per maggiore istruzione ch'egli rav- « visa necessaria, *senza che sia lesa la regola* « *del doppio grado.* Però, siccome può avve- « nire in conseguenza della nuova decisione, « che molte e diverse questioni siano per sor- « gere nell'ulteriore corso del giudizio, le « quali *o non possano esser trattate per la* « *prima volta in grado d'appello*, o *per la* « *maggior garanzia dei litiganti sia oppor-*

(*) Cotali norme si trovano espresse nell'articolo 570.

« *tuno che percorrano il primo grado di giu-* « *risdizione*, così il magistrato d'appello *dovrà* « nel primo caso, e *potrà* nel secondo, rinviare « la causa ai primi giudici. »

L'articolo 493 deve considerarsi nello stesso spirito. Il magistrato d'appello non giudica che sulla competenza se il primo non giudica che sulla competenza, imperocchè la causa di merito non ha percorso il primo grado di giurisdizione. Se i primi giudici decisero il merito, ma il magistrato superiore ne ritiene la incompetenza, il merito stesso avrebbe già percorso il primo grado, tuttavia la sua cognizione intera è rimessa al giudice competente. E ciò perchè non basta che il merito sia stato giudicato, se non lo fu da giudici competenti.

3. Se la sentenza è annullata per altra ragione che non sia d'incompetenza, il giudice d'appello, annullando, pronunzia sul merito. Se la decisione di merito non è definitiva, restando ulteriori operazioni a farsi, l'art. 492 ha la sua piena applicazione.

4. L'esecuzione di una sentenza è di due maniere: in quanto occorre a perfezionare gli atti del giudizio e completare il giudicato; in quanto è diretta alla sua realizzazione. È forse la prima volta che codeste manifestazioni giuridiche appariscono nella loro luminosa distinzione.

5. Delle *spese* e della loro liquidazione nelle cause d'appello non si fa cenno. Nel sistema del Codice la sezione XI del precedente titolo IV contiene un regolamento generale per i tribunali civili e le Corti d'appello. *Quæritur se il rimando che si fa della causa al primo giudice inchiuda e vi sia sottinteso il rinvio anche per le spese*; e quale sia la regola di diritto.

Il giudizio delle spese è accessorio della decisione principale, e in essa si compenetra mentre ne rappresenta la maggiore o minore estensione. Non c'è alcun dubbio che se il secondo pronunciato è d'incompetenza dell'anteriore, si deve per regola condannare alle spese dei due giudizi. Se le spese non furono domandate, il silenzio del giudice d'appello può equivalere ad una compensazione. Se lo furono, il difetto di dichiarazione sulle spese esporrebbe la sentenza ad essere cassata. In nessun caso se ne intenderà rimessa la cognizione al primo giudice. Se invece il magistrato d'appello non giudica definitivamente e ritorna la causa al primo giudice per la cognizione del diritto che *superest* dal punto in cui egli medesimo ha statuito, pronuncierà sulle spese d'appello, mentre il giudizio di tali spese non potrà nè presuntivamente nè espressamente conferirsi al primo giudice senza confusione della rispettiva competenza. Il silenzio del giudice d'appello eziandio in questo caso si avrà come omissione di pronunzia; non però quanto alle spese di primo grado. La differenza è appunto questa, che per le spese di appello esaurita è la giurisdizione; laddove, specialmente se trattasi di conferma, il primo giudice ripigliando la cognizione della causa, può riassumere per naturale accessione quella delle spese del primo giudicio.

CAPO III.

DELLA REVOCAZIONE

Articolo 494.

Le sentenze pronunciate in contraddittorio dalle autorità giudiziarie in grado d'appello possono essere rivocate sull'istanza della parte.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — La *retractatio* fu veramente un rimedio *extra ordinem* nell'antica età. Esaurito nell'appello l'ordine giurisdizionale, non restava che, *invocato numine*, supplicare all'imperatore, se l'appello fu inutilmente tentato (Leg. 5 de app. recip.; Leg. 3 Cod. ut lite pend.; Leg. 16, 17 Cod. Theod. de app.). Col volger dei tempi la *retractatio* prese forma d'istituzione, e ne fu investito lo stesso prefetto del pretorio, fra i giudici supremo (Leg. 35 Cod. de appell.; Nov. 83, cap. 12). In altri luoghi del *Corpus juris* troviamo che la decisione del prefetto del pretorio, inappellabile, poteva essere dallo stesso giudice ritrattata (Leg. unic. § 2 de off. præf. pret.; Leg. 17 de minor.). E questo è

memorabile, che la base della istituzione, benchè allora appena abbozzata e nascente, non era diversa dalla nostra. L'appellazione conteneva una grave censura d'iniquità; la *retractatio* era semplicemente l'abbandono di un errore, o una correzione del giudicato consigliata dalla scoperta del dolo di un litigante (*). Il giudizio di *ritrattazione*, ultima espressione della giustizia ripiegantesi, per così dire, sopra se stessa, chiudeva il ciclo giudiziario (Leg. unica Cod. ne licet in una; Nov. 82, cap. 12, Nov. 119, cap. 5) (**).

In Francia, poichè il Parlamento e la Camera dei conti furono statuiti tribunali inappellabili, una Ordinanza del 1302 sanciva il diritto di ricorso al Re che autorizzava il nuovo giudizio colle *Lettres de grâce de dire contre les arrêts*, che in seguito si denominarono *Lettres de proposition d'erreur*. Ma allora non si trattava che di errore di fatto. Procedendo coi tempi le idee, intorno al secolo XV, l'analisi pose in luce altri elementi sostanziali della revisione: il *dolo* sì delle parti che degli ufficii ministeriali, ai quali nuovi fondamenti rispondevano le *Lettres en forme de requête civile*. L'Ordinanza del 1667 che preluse a tutte le nuove istituzioni giudiziarie, e in parte le modellò, anche di questa ha dato un ampio schema, sopprimendo però ed escludendo dal rimedio della ritrattazione l'*errore di fatto* dei giudici.

In tempi più recenti l'istituto della rivocazione prese definitivamente il nome di *requête civile*. La legge del 7 settembre 1790 abolì le lettere Reali in nome di quel grande principio che si veniva proclamando, benchè con lenti risultati: l'emancipazione della giustizia dalla podestà regia.

In Italia si hanno tracce di una istituzione consimile. Nel regno di Napoli si conobbe la *reclamazione* contro le sentenze del sacro regio consiglio e della regia Camera della Sommaria; non passava però i termini della supplicazione al principe; la quale consuetudine anche in Piemonte cominciò ad essere frequente, regnando Amedeo VIII. Le suppliche erano prima esaminate da un consiglio di giureconsulti, altri da quelli che avevano sentenziato (*Statut. vet.*, lib. I, cap. CLXV). A poco a poco l'istituto si venne esplicando. Le sentenze dei Senati (ora Corti d'appello), e quelle della Camera dei conti, essendo stanziate inappellabili, fu posto che dentro 50 giorni si potesse supplicare il Principe onde si degnasse di accordare la revisione: era sempre la grazia del Principe, *et magis innititur gratiæ quam justitiæ*, soleva dirsi. Come fu già da altri notato, l'istituto della rivocazione non era in veruna maniera sistemato, non constava di fondamenti distinti, e la revisione conteneva o poteva contenere tutta la causa, quasi per istraordinaria e graziosa concessione.

Avvicinandosi la nuova età del diritto giudiziario, per le Regie Costituzioni furono divisate le cause della revisione *per errore di fatto* o *per iscritture trovate di nuovo che variano lo stato della causa* (lib. III, tit. XXVII); e miglior sesto fu dato a questo ordinamento dalle Regie Patenti del 28 aprile 1848.

2. Il *soggetto materiale* della revocazione è una sentenza dell'autorità giudiziaria (***); anzi è la propria sentenza (art. 498) o inappellabile o non appellata, e devesi richiamare per la integrazione del concetto il seguente art. 495. Ciò che è indispensabile si è *che il rimedio dell'appello* o *dell'opposizione, actu* (nello stato delle cose) *non pateat*, mentre quei vizi dolorosi, di cui è infetta la sentenza, possono e dovrebbero anzi sparire nel nuovo ordinario giudizio. È per ciò che la revocazione chiamasi rimedio *straordinario* (si voleva dire *estremo*), e si accorda quando ne manchi ogni altro più generale, e nella scala delle riparazioni giudiziarie, manchi il più prossimo e naturale che è l'appello.

Ma si solleva gravissima e nuova, rapporto al Codice nostro, la questione se il beneficio della *revocazione sia negato a colui che volontariamente ha lasciato scadere i termini dell'appello o della opposizione*. Sarà materia al commento del prossimo articolo.

3. Tutte le sentenze, comprese le interlocutorie e incidentali, di loro natura appellabili, sono suscettibili del rimedio della revocazione.

(*) « Præfecto etiam prætorio et sua sententia in integrum restitui possunt (minores), quamvis appellari ab his non possit. Nec idcirco tam varie quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam, in integrum vero restitutio *erroris proprii veniæ petitionem* « *vel adversarii circumventionis allegationem erroris* « *continet* ». Nella Leg. 35, de re judic., si accenna alla ritrattazione per la scoperta di nuovi documenti.

(**) Nella costituzione di Giustiniano, che nella collezione è la Leg. unica, Cod. ne liceat in una eademque causa, etc., è definito che due *provocationes* (appellazioni) erano ammesse al più. Per la novella 82, cap. 12 succitata si apprende che, oltre codesti rimedii, quella della *retractatio* si concedeva: « Nostros tamen judices « omnibus modis suscipere appellationes sancimus, et « nulli licentiam esse penitus hoc repellere præter so- « lam tuam eminentiam (sua eminenza il prefetto del « pretorio), cui hoc ab initio largitur imperium retra- « ctationis introducens auxilium ».

(***) Diremo quindi *soggetto ideale* il contenuto della sentenza; l'*oggetto* invece del giudizio, che è la mira a cui si tende, è la stessa revocazione; *ossia la distruzione del male che si è attraversato al corso della giustizia e la ricostruzione del vero.*

1° Se la sentenza sia stato l'effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra.

Annotazioni.

1. *Considerazioni in ordine al sistema.*

Assumendo breve discorso sulle varie cause della *revocazione*, premettiamo un'osservazione generale importantissima: il precedente sistema è stato profondamente modificato. Fra le dieci categorie di cui si componeva quell'articolo 557 (Codice sardo del 1859), le ultime cinque hanno mutato casa, ed ora alloggiano nel vasto comprensorio della Cassazione (articolo 517). Indagando il criterio di sì nuova e inattesa mutazione, essa è ad abbondanza giustificata. Qual è mai il fondamento razionale della *revocazione* o *ritrattazione della propria sentenza?* Per quale alta cagione è qui costretto a tacere il principio conservatore delle cose giudicate, per cui *cum quærebatur judex, si perperam judicasset, an posset eodem die iterum judicare; respondit, non posse?* (Leg. 61 de re judic.). Per questa sola: *che la coscienza del giudice non ha potuto rendersi ragione del proprio giudicato.* Sviata o sorpresa la sua intelligenza dal dolo delle parti, dall'errore, ecc., non concorse nel giudizio il proposito serio, l'applicazione della volontà; *egli avrebbe giudicato altrimenti,* o *sotto la funesta impressione di cui non potè allora darsi conto, non avrebbe giudicato* (*). Questo è ciò che dice il magistrato revocante se stesso; poichè in tali condizioni di cose lo ho giudicato, *non ho giudicato.* È un atto di onestà che il giudice è chiamato a fare, non già un atto di eroismo, che la legge non richiede mai, quello di confessare la colpa di un giudizio ingiusto. Ed eccoci rientrati in via. Nel passato sistema *se si pronunciò sopra cose non domandate, se la sentenza racchiudeva disposizioni contrarie*, ecc., era faccenda di revocazione. Male, a parer mio. Nell'uno e nell'altro caso, per tacere degli altri, il giudice era in colpa. Colpa di biasimevole disattenzione, eccesso di potere, stranezza della sua mente, che distrusse colla contraddizione il proprio raziocinio, dannabile ignoranza, o via discorrendo. Tutto questo era e doveva essere oggetto di censura della Corte suprema, e mancava di fondamento logico, e sino ad un certo punto di moralità, per essere sottoposto alla revisione degli stessi giudici.

2. *Dolo.*

Da non breve tempo la legislazione piemontese adottò la formola esatta, ripetuta ora nel Codice italiano — *se la sentenza sia stata l'effetto del dolo...* (**). Questa scolpisce il carattere obbiettivo del dolo e la sua reale efficienza; senza che, supponendo pure il concorso delle arti più ribalde, non si avrebbe nonostante ragione per ritrattare le sentenze. Perciò fu necessario che la giurisprudenza francese soccorresse al difetto di quel Codice, stanziando il principio dell'*influenza del dolo nel giudicato* (Bornier, Rodier, Serpillon, ecc., sull'art. 25 della Ordinanza, Cassazione 20 frimaio, anno XIII). Legge di applicazione fortunatamente assai rara: ma è giusto, è morale che si vegga questa categoria primeggiare sulle altre di men triste conio. Determinare l'intervento del dolo, e più come sia di esso dolo parto e prodotto la sentenza, è di una individualità che sfugge ad ogni teoria. Meno difficile sarebbe il generalizzare sulla *collusione* che due o più litiganti formassero per rovinare un terzo, quando in seguito si scoprisse, supponiamo, una carta da cui risultasse il loro doloso convegno, e che la sentenza sulle menzognere loro dichiarazioni fosse in gran parte fondata.

3. *Del giuramento dimostrato falso in giudizio penale.*

Si fa differenza dal giuramento *decisorio* a quello *deferito d'ufficio.* Rapporto a quello, essendo inalterabili le conseguenze che produce nel giudizio civile, e non ammettendosi prova di falsità (art. 1370 del Codice civile), la revocazione non sarebbe in verun caso accordata. Ma la dottrina si manifesta più favorevole nell'altro caso (Carré in Chauveau, quest. 1742; Pisanelli, *Commentario*, vol. IV, pag. 544).

2° Se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, o che la parte soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa.

(*) Nelle Leggi 33 e 35, Dig. de re judic., e Leg. Cod. eod., si annoverano fra le cause di restituzione *in integrum*, il dolo, la scoperta de' nuovi documenti, ecc. Si richiederebbe una dissertazione per dimostrare come la *restitutio in integrum* differisce dalla *retractatio*.

(**) Il Codice ex-napoletano ritenne sempre la pessima espressione del francese *se vi fu dolo personale* (articolo 541, N° 1).

Annotazioni.

1. I documenti devono essere stati *riconosciuti* o *dichiarati falsi*. Ciò significa in primo luogo che la ricognizione o giudizio del falso *deve precedere* e risultare da fatto distinto e da sentenza ugualmente distinta (passata in giudicato) di tempo anteriore. È dottrina comune (FAVARD DE LANGLADE, t. IV, pag. 497; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1760 bis; PONCET, *De la req. civ.*, n° 462, e in generale la giurisprudenza). Non è concesso pertanto di aprire un giudizio di revocazione sulla base di una *prova da farsi* nello stesso giudizio.

La legge dice *riconosciuti* o dichiarati, ecc., significando che una confessione autentica del falso può tener luogo del giudicato.

2. Il testo spiega benissimo che quel documento deve essere stato il principale appoggio della sentenza: *se siasi giudicato sopra documenti, ecc.*

3° Se dopo la sentenza siasi ricuperato un documento decisivo, il quale non siasi potuto produrre prima per fatto della parte contraria.

Annotazioni.

Due teoremi mi sembrano potersi stabilire: 1° che *il documento decisivo* doveva sino dal passato giudizio appartenere all'attore, almeno in condizione di comunione o comproprietà; 2° che l'avversario lo ritenesse con dolo, occultandolo e sottraendolo alla sua cognizione. Questa è dottrina del CARRÉ e del CHAUVEAU (all'articolo 480, n° 10 del Codice di procedura civile francese, quest. 1763), e si riconosce giustissima. Se l'avversario conserva nel segreto documenti suoi proprii e sui quali io non posso pretender ragione, indarno si direbbe che simile occultazione costituisce il dolo. Sotto l'egida del principio che *actor probare debet*; che *intentionis vestræ proprias debetis afferre probationes non ab adversario adduci*, egli non commette un'azione riprovevole, egli è nel suo diritto. La stessa voce *ricuperare* denota una originaria ragione di proprietà. C'è di più. Io avrei dovuto ignorare la esistenza del documento; poichè siccome la legge mi dà dei mezzi per costringere l'avversario a produrre i documenti per me interessanti quando mi siano comuni, se non avrò fatto uso dei mezzi legali nel corso del giudizio ordinario, ritenendosi che io avrei potuto giovarmene anche allora se lo avessi voluto, fu deciso contro la istanza di revocazione, perchè dipendeva da me l'evitarla (Corte di Parigi, 28 novembre 1810, *Journal Av.*, t. III, p. 83). Non diversamente, ed anzi a più forte ragione, se altro originale del documento si trovasse depositato in ufficio pubblico, dal quale avrei potuto rilevarne copia, potendosi porre in generale questa massima, *che non è concessa l'azione di revocazione ogni volta che fu trascurato il mezzo legale che si avea per la esibizione o comunicazione del documento.*

4° Se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa.

Vi è questo errore quando la decisione sia fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando sia supposta la inesistenza d'un fatto, la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso quando il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunziato;

Annotazioni.

Condizioni dell'esercizio di quest'azione.

1° *Errore di fatto.*

Il Codice ha rimedio per ogni qualità di errori. Colla cassazione provvede agli errori di diritto; colla revocazione, agli errori di fatto, e più semplicemente alla correzione degli errori di puro fatto materiale (art. 473).

Niuno non sa quanto sia difficile segregare gli elementi costitutivi dell'errore di fatto da quelli per cui si definisce l'errore di diritto. Gli annali della Cassazione sono pieni delle difficoltà molteplici e variate che di continuo vi s'incontrano; e dovremo a suo luogo discorrerne con una certa diligenza. Giova però notare a lode della redazione, che ogni pericolo di confusione o equivoco è tolto via da quelle

replicate espressioni, *la soppressione* DI UN FATTO; *la inesistenza* DI UN FATTO, *ecc.* Quando si tratta di apprezzare *un complesso di fatti* dal giudizio delle relazioni loro, e da quello che scaturisce dal loro insieme, *emana un concetto che è sempre ed essenzialmente giuridico;* perchè noi non siamo storici, ma giurisperiti, indirizziamo le nostre estimative ad uno scopo di diritto: e quel complesso di fatti lo riteniamo come base di un diritto (*). Quale differenza vi ha dunque fra l'errore di fatto e l'errore di diritto in ordine alle riparazioni stabilite dal Codice?

Osserviamolo. Havvi un errore di fatto *descrittivo* o *materiale*, perchè non vi si accompagna verun giudizio dell'animo. Ed è quello a cui allude il citato articolo 473.

Havvi *un errore di fatto* che deriva dalla trascuranza o dalla inversione dei dati storici del processo, e da questo all'errore di diritto vi è, per così dire, un passo. Poichè la trascuranza o l'inversione di fatti sospinge alle false determinazioni di diritto, onde, quando sia legalmente eccitata, se ne impadronisce la Corte di cassazione. Ma quando simili errori non abbiano esercitata una notevole influenza sulle conclusioni di diritto, o si versi nel dubbio di un vero errore di fatto, mescolandovisi il criterio interpretativo e il lavoro della mente, non ammettono altro riparo che l'appellazione.

Di tal maniera l'*errore di fatto*, propriamente tale e puramente tale, può quasi dirsi che non esiste; giacchè a breve tratto si confonde nell'errore di diritto, che è in dominio della Cassazione.

Se la legge avesse attribuito la facoltà della revocazione *per errore di fatto* senza indicare come un tale errore dovesse intendersi, noi saremmo stati gettati in una confusione indicibile. Ma nel prudente suo placito essa non si occupò che *del fatto* soltanto come fatto, e allora ogni confusione è tolta di mezzo. La legge dice: io non guardo se abbiate o no errato nel giudicare i fatti; io guardo solo se vi fosse un fatto decisivo che si ritenne non esistere, o se il fatto ritenuto decisivo in realtà non esistesse: ecco dove io pongo l'*errore di fatto.*

2° *Il fatto non deve aver formato soggetto di controversia.*

Ripetiamolo: il fatto che ha la forza di capovolgere il giudicato è il fatto storico semplicemente accettato o semplicemente rifiutato per una vera disattenzione dei giudici, e convien dire che le parti stesse non ne avvertissero o ne dissimulassero l'importanza, poichè come mai sarebbe totalmente sfuggito alla vista del tribunale? Se in alcuna delle loro conclusioni se ne fosse trattato come di mezzo e argomento di difesa, ecco svanire la condizione per la quale richiedesi che il fatto sia passato immune da controversia; nè vale che i giudici, malgrado ciò, non abbiano voluto farne subbietto del loro esame. In tal caso competerebbe un diverso rimedio; il ricorso in cassazione (articolo 517, n° 6). Se una parte appoggiandosi *al fatto* o *al non fatto* non incontrò veruna opposizione dalla contraria, oppure la contraria era contumace, controversia non vi fu; la inavvertenza del giudice può in certa guisa sensarsi; il giudizio di revoca potrebbe chiamarsi un'appellazione al giudice stesso *meglio informato.*

3° *La decisione dev'esser fondata sull'errore.*

Deve risultare che si è deciso in quel modo perchè si partì dall'errore e si prese abbaglio scambiandolo col vero. Se non trattasi di un fatto capitale, se non è evidente che il giudice non avrebbe deciso altramente quando vi avesse posto attenzione, non sarebbe sicuro il giudizio di revocazione, e si direbbe miglior consiglio prender la via della cassazione. Un sottilissimo filo divide le due eppure così diverse attribuzioni! L'errore di fatto nel primo caso deve apparire splendente all'intuito; è, o non è: dev'essere fondamentale della decisione. In cassazione il così detto *travisamento* è più capace, ha maggiore estensione; la sentenza si annulla quantunque il fatto *travisato* sia misto a considerazioni di diritto, e fosse più o meno disputato; la sentenza si annulla benchè il fatto travisato non sia fondamentale, ma abbia potuto influire nella decisione (**).

4° *L'errore deve apparire dagli atti e documenti della causa.*

E in ciò differisce il presente n° 4 dal suo antecedente.

(*) La convenzione e i patti che la compongono *sono fatti*: ma noi non li trascorriamo semplicemente per descriverli come fa lo storico; ne deduciamo che colui a cui favore saranno cotali fatti, è investito di un diritto.

(**) In conferma di questa dottrina possono vedersi: Cassazione, 21 luglio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, volume XI, pag. 634; Cassazione, 19 giugno 1836, BETTINI, part. I, pag. 642; Corte di Torino, 7 maggio 1855, ivi, 1856, part. II, pag. 250. La stessa Corte 14 dicembre 1857, BETTINI, pag. 890; Cassazione, 11 febbraio 1857, ivi, part. I, pag. 171; 31 maggio 1856, ivi, part. I, pagina 587; 3 maggio 1856, ivi, part. I, pag. 599, ecc.

5° Se la sentenza sia contraria ad altra sentenza precedente passata in giudicato, pronunziata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, purchè non abbia pronunziato anche sull'eccezione di cosa giudicata.

Annotazioni.

1. Questo paragrafo s'intende subito che si raffronti col n° 8 dell'art. 517. Nell'una e nell'altra giurisdizione si può opporre al nuovo l'antico giudicato identico che reclama la prevalenza. Ma nel giudizio di revoca è inevitabile estremo *che non sia stato pronunziato sulla eccezione di cosa giudicata*, laddove in cassazione deve risultare che ne *fu pronunziato*. Così il primo si manifesta giudizio di fatto; il secondo, giudizio di diritto.

2. Il testo non distingue fra eccezione opposta già nel giudizio ordinario, e fra eccezione nuovamente proposta. Ma ci sembra essere nel suo spirito che l'azione del giudicato venga a proporsi *ex novo*, quale insormontabile ostacolo all'esistenza della contraria sentenza, sia perchè opposta la eccezione e non attesa, potrebbe stimarsi implicitamente reietta, sia perchè ritenuta la omissione della pronunzia, non si avrebbe che un diritto di ricorso giusta il n° 6 dell'articolo 517.

Articolo 495.

Possono eziandio essere rivocate sulla domanda della parte, scaduti i termini stabiliti per l'opposizione o per l'appello, nei casi indicati nei tre primi numeri dell'articolo precedente:

1° Le sentenze contumaciali pronunziate in seconda istanza;

2° Le sentenze pronunziate in prima istanza, tanto in contraddittorio quanto in contumacia, comprese quelle dei conciliatori.

Le sentenze dei conciliatori possono inoltre essere rivocate nel caso indicato nel numero 5° dell'articolo precedente.

Annotazioni.

1. « Il mezzo della rivocazione, come rimedio straordinario, non è ammissibile quando « la sentenza possa ancora essere impugnata « con alcuno dei mezzi ordinarii, quali sono « l'opposizione e l'appello. Quindi *viene stabilito in regola generale*, che la rivocazione « non può proporsi se non contro le sentenze « di secondo grado proferite in contraddittorio. Però accanto alla regola si doveva anche qui porre l'eccezione.

« Se il dolo fu scoperto, se il documento « fu ricuperato, se la falsità riconosciuta o « dichiarata dei documenti venne scoperta, « *dopo che sono decorsi i termini stabiliti per « l'appello* o *per l'opposizione*, dovrà ammettersi la domanda di rivocazione. Giova inoltre osservare che le sentenze dei giudici « conciliatori essendo di regola inappellabili, « non si potrebbero nei casi sopra discussi impugnare se non col mezzo della rivocazione « quando fossero proferite in contraddittorio » (*Relazione* PISANELLI).

2. Non isfuggirà che quella che suole chiamarsi *regola generale* rimane qui pressochè distrutta dalla eccezione. È per sè manifesto che non deve definirsi *a priori* il termine a proporre in giudizio quei diritti che potranno un giorno aver vita da fatti avventurosi e inescogitabili. Il Codice francese e il sardo del 1854, benchè facessero dello esperimento dei mezzi ordinarii una condizione del giudizio di revoca, contenevano la stessa disposizione. La legge italiana ha operato la presente riforma, forse motivata da ciò che nelle due ultime specie, non potendosi ignorare l'errore del giudicato, poichè non dipende da future scoperte, deve primieramente portarsi in appello. Laddove negli altri tre casi, supponendosi la ignoranza del vizio, non può farsi carico alla parte di non avere praticato l'appello; e quindi non poter farsene una condizione e una regola assoluta.

Veramente il vizio anzichè nella prima sentenza, potrebbe al contrario essersi introdotto nella sentenza d'appello. Ma via: noi camminiamo colla presunzione che la seconda sentenza sia riparatrice, e se non ha riparato l'errore, portiamo fede che almeno non ne abbia commesso un nuovo.

3. Le sentenze inappellabili dei conciliatori

sono sempre revocabili (dallo stesso conciliatore), escluso però l'*errore di fatto*, della quale esclusione non si comprende abbastanza il motivo.

Se la eccezione della cosa giudicata fu già proposta avanti il conciliatore, egli ne avrà avuto ragione implicitamente o esplicitamente nella sua sentenza. Non sembra quindi ammissibile l'istanza di revoca se non basata *noviter* sulla regiudicata d'intuitiva chiarezza; anteriore, s'intende, alla sentenza da revocarsi, e non prodotta nel giudizio ordinario.

Articolo 496.

Quando la sentenza abbia più capi, non si ammette la rivocazione che per quei capi, per i quali sussista uno dei motivi indicati dagli articoli precedenti, e per gli altri che ne siano dipendenti.

Articolo 497.

Il termine per proporre la rivocazione delle sentenze è quello stabilito per appellare dall'articolo 485.

Quando il titolo a cui si appoggia la domanda di rivocazione sia uno di quelli indicati nei numeri 1, 2 e 3 dell'articolo 494, il termine decorre dal giorno in cui la falsità, riconosciuta o dichiarata prima della sentenza, sia stata scoperta da chi propone la rivocazione, oppure dal giorno in cui essa sia stata riconosciuta o dichiarata, o il dolo scoperto, o il documento ricuperato, purchè in questi casi vi sia prova scritta, da cui risulti il giorno della scoperta o della ricuperazione.

Annotazioni.

1. L'art. 485 non provvede all'appellazione che *contro le sentenze dei conciliatori* non è ammessa fuorchè per l'unico caso d'incompetenza, e rimane incerto il termine da applicarsi. Tuttavia noi siamo rinviati all'art. 485 *per ogni caso*, compreso per conseguenza il giudizio di revoca avanti lo stesso conciliatore. *Favores ampliandi;* e nel dubbio in cui siamo per inavvertenza della redazione, io vorrei sempre riferirmi all'art. 485, *applicando per analogia il minor termine*, *cioè quello di giorni* 30, sia perchè a quello ci rimanda la volontà espressa della legge, e altresì perchè il termine dei tre giorni prescritto dall'articolo 459 ha tratto a una condizione così speciale di cose che non si può argomentarne ad un giudizio di revoca.

2. Siamo d'accordo che il termine dei 30 o dei 60 giorni decorre dalla notificazione della sentenza rispetto agli ultimi due numeri dell'art. 494.

Della uniformità del termine. Sono tolte le differenze che altri Codici trovarono opportune, rapporto alle sentenze di minori e d'interdetti.

Della continuità del termine. È perentorio e non soffre interruzione.

3. Il capoverso dell'articolo allude a fatti alcuni dei quali preesistevano al giudizio (n° 3); altri furono contemporanei al giudizio (n° 1); altro è avvenimento posteriore (n° 2). Se non che pur anco nei primi due casi io non soggiaccio a termine coatto, perchè nell'uno mi manca il potere, nel secondo la scienza. Entriamo adunque nel vago e nell'indefinito come si fa nelle cose eventuali che non hanno causa conosciuta nel presente.

Parliamo partitamente dei varii casi.

La *scienza del vizio* è il punto da cui muovo il termine, rispetto ai due primi.

Viene un momento in cui io posso strappare il velo che nascondeva l'iniquo mistero del giudizio. Noi tutti fummo raggirati, giudice e parte, e abbiamo subito l'inganno. Passarono gli anni, e io imparo che le artificiose circostanze narrate dal mio avversario nelle sue risposte a interrogatorii erano inventate *con intenzione e all'effetto di nuocermi* (caratteristica *del dolo*). Quelle risposte avevano dato appoggio alla sentenza, non potendo io stabilire prova in contrario (*).

Io era stato condannato a pagare una somma, che avevo altra volta pagata. L'avversario fece la quietanza, ma non me la consegnò;

(*) Noi parliamo sempre del *dolo della parte*, non del dolo del giudice, che sarebbe redarguito con altri mezzi.

egli la ritenne e negò sempre di averla, negando il pagamento. Lui morto, la quietanza fu trovata, e fra le carte della sua eredità mi venne fatto di scoprirla.

In cotali evenienze *di dolo e di documento ricuperato*, la legge esige una prova scritta, da cui risulti *il giorno della scoperta o della ricuperazione.*

Primieramente, è forse questa una condizione imposta al ricorrente, o gioverà alla parte contraria per eccepire il decorso del termine?

L'uno e l'altro, io credo, salvo che il ricorrente non si trovasse ancora nel termine ordinario dei 30 o dei 60 giorni. In tal caso non ha bisogno di giustificar nulla. Altrimenti, sta a lui il provare perchè sia venuto così tardi a piatire di una sentenza di vecchia data. La scoperta e il tempo della scoperta è una prova simultanea ch'egli deve fare.

La *prova scritta* è ordinata al doppio scopo di dimostrare la verità con un mezzo pronto e sicuro, e di fissare in modo o positivo o probabile la data della sua apparizione. Troppo sarebbe pericolosa la prova testimoniale; si vuole l'evidenza, quella evidenza che colpisce e a cui non si può resistere.

Se non che a noi è mestieri di cifre positive, *è da fissare il giorno della scoperta o della ricuperazione;* da ciò dipende l'esercizio del diritto, ossia la sua medesima esistenza. La legge sembra darne in certa guisa l'incarico *alla prova scritta*, la quale perciò dovrebbe raccogliere in sè colla dimostrazione dell'avvenimento quella stessa *del giorno* in cui si produsse alla cognizione del ricorrente; da esso di fatti si misura inesorabilmente il termine del ricorso.

Tali questioni sono rare assai, e guai se non fossero rare! ma altrettanto difficile è la prova che si domanda. Ed è anche un pochino irragionevole, diciamolo pure francamente. La prova del dolo io la posseggo in uno scritto che ne contiene la confessione; ma come mai può essere in quella registrato il giorno della mia fortunata scoperta! E donde avrò *la prova scritta del giorno in cui ho ricuperato il documento?* I glossatori francesi si passano di tutto questo colla più amabile disinvoltura (*).

Quanto alla specie seconda dell'art. 494, il corso del termine è meglio sistemato potendo esser fissato dal giorno in cui la *falsità venne riconosciuta* o *dichiarata;* che è sempre una prova solenne risultante da qualche atto pubblico.

3. Ma il giudizio di revoca è forse sempre aperto a codesto eventualità? quando è che si potrà respirare e dire: siamo fuori di pericolo? Mai, secondo il nostro articolo; ma verrà un giorno in cui l'azione sarà prescritta. E dico l'*azione*, poichè quantunque la regiudicata consumi l'azione realizzando il diritto, una volta che l'azione in revocazione abbia avuto effetto, si ritiene che la sentenza non sia mai esistita.

Articolo 498.

La domanda per rivocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria che ha pronunziato la sentenza impugnata, e possono pronunziare gli stessi giudici.

Annotazioni.

Questioni. — *a*) Facciamo questo caso. Un tribunale di prima istanza proferì una sentenza *che fu l'effetto del dolo di una delle parti.* Ignorandosi la contraria macchinazione, si appellò per ragioni che non ebbero miglior fortuna in appello, quantunque il giudizio procedesse lealmente e senza inganno di sorta, e avendo la Corte confermata la sentenza per motivi diversi. In cassazione la sentenza peccatrice è sempre la seconda che approvò gli errori della prima o no aggiunse degli altri per conto suo. Ma trattandosi di revoca quale delle due sentenze dovrà impugnarsi? La seconda è immune dal dolo; la prima è in qualche modo coperta da quella di appello. A quale autorità giudiziaria dovrà ricorrersi? Il che implica, come ognun vede, una questione di principii, una questione generale: *se dopo l'appellazione una sentenza confermatoria o anche in parte riformatoria, si possa mai attaccare la prima sentenza, perchè in questa e non in quella risiede il vizio che dà luogo al ricorso.* Tema gravissimo che io non veggo trattato dagli scrittori (**).

(*) Benchè nella massima, perfetto accordo. « A été « jugée le 12 pluvial, an XII (dice il CHAUVEAU, Cassation), « que la requête civile, formée plus de six mois après « la signification du jugement attaqué, est inadmissible, « *lorsque la partie ne rapporte aucune* PREUVE ÉCRITE « *du jour auquel elle prétend avoir découvert les pièces* « *nouvelles qui servent de fondament au pourvoir* ».

(**) Il PISANELLI, come dirò più sotto, esamina alcune questioni affini, che però hanno comuni i principii.

Motivo di dubitare è sopratutto la lettera del testo e la regola di competenza che prescrive. Non trattasi di ricorso a un tribunale superiore, non trattasi propriamente di una revisione. Vera restituzione in intiero che contro la propria sentenza concede l'autorità medesima che ha pronunziato. Nella ipotesi premessa, la Corte d'appello invocata per pronunziare giudizio di revoca, troverebbe scevro di vizi il proprio giudicato, e perchè dovrebbe revocarlo? E un tale giudizio non sarebbe forse ultroneo, dacchè la sua sentenza che emanò per motivi giuridici indipendenti dalle bugiarde esposizioni fatte in prima istanza, ne paralizzò per così dire la funesta influenza; e dimostrò che per ragione e per diritto la causa doveva avere il risultato medesimo?

L'avviso opposto mi sembra preferibile.

È nell'ordine inconcusso e fondamentale delle competenze che il vizio irritante i giudicati si esamina sempre nell'ultimo e superiore; non s'indietreggia mai per esaminare il primo, trascurando il secondo. Ciò avviene rapporto al magistrato supremo, molto più deve tenersi ove s'incontrerebbe l'assurdo che l'autorità inferiore, annullando la propria sentenza, farebbe cadere la stessa sentenza d'appello. Ciò è enorme, impossibile. Nella legge *l'autorità giudiziaria* si considera in un rapporto complesso e per opposizione ad ogni altra autorità rimasta completamente estranea a quel giudizio. In questo senso l'autorità gerarchicamente superiore, qualora sia stata in qualche modo partecipe del giudizio, compendia in sè ogni parere, ed è la sola attuale. Ciò basta all'effettuazione di questa legge. Poco importa sapere se il vizio si trovi nell'uno piuttostochè nell'altro giudicato. La sentenza che ne confermò un'altra, o almeno la lasciò sussistere in parte, quando meritava di essere completamente annullata, ne assumè la responsabilità e contrae, a così esprimermi, lo stesso malore; i vizi della sentenza di prima istanza sono colpiti in quella d'appello che non seppe correggerli; nè si potrebbe nel presente caso creare una particolarità che offendesse questo grande principio di ragion giudiziaria. Stando così le cose, non è vero che la sentenza d'appello dissipasse e rendesse innocua la pestifera influenza che guastò la prima decisione.

Ora quale sarà lo svolgimento finale? La legge impone per sempre che la stessa autorità giudiziaria decida la controversia di merito. Revocata la prima sentenza e la propria (supposto che il ricorso le comprenda ambedue), la Corte pronuncierà di nuovo.

b) Quid juris *se fu interposto appello dalla prima sentenza, e non fu proseguito o fu dichiarato irregolare?*

Distinguo: o siamo nel caso in cui è necessario esperire l'appello (lo stesso si dirà della opposizione), la decadenza dell'appello, uguagliata al non avere appellato, impedirà la domanda di revoca; o siamo in uno dei casi, 1°, 2° e 3°, dell'art. 494, *al tribunale e non alla Corte d'appello* dovrà portarsi il giudizio (*).

c) Delle sentenze degli arbitri infette da vizio di revocabilità.

Basta rammentare l'articolo 30. Se gli arbitri avranno pronunciato in grado d'appello (articolo 31), è competente quella Corte d'appello che sovrasta al tribunale che avrebbe dovuto giudicare in primo grado.

d) Il tribunale di commercio è competente a revocare le proprie sentenze?

Il dubbio può cadere in ciò che il tema di dolo, di falsità, ecc., non è nella competenza propria di quel tribunale. Ma oltrechè l'articolo 498 è generale, è da porsi un altro teorema — che in giudizio di revoca il dolo, la falsità, ecc., non si discutono *come oggetto del giudizio; ma piuttosto come cause per cui la propria sentenza può annullarsi; e il vero oggetto è la revisione del proprio giudicato.*

Articolo 499.

Chi vuole agire per rivocazione deve provare con quitanza del ricevitore di avere eseguito il deposito di una somma uguale alla multa o ammenda stabilita dall'articolo 506. Altrimenti la domanda è rigettata anche d'ufficio.

Articolo 500.

Quando con un solo atto siano impugnate più sentenze pronunziate nello stesso giudizio, basta un solo deposito.

(*) La mia conclusione è diversa da quella adottata dall'illustre PISANELLI (*Commentario*, vol. IV, pag. 56); fors'anche per la diversità dei principii del Codice piemontese del 1854, al quale il suo nobilissimo commento era rivolto.

Mediante un solo deposito possono più persone aventi lo stesso interesse proporre la domanda di rivocazione, purchè con un solo atto.

Articolo 501.

Sono dispensate dal deposito le amministrazioni dello Stato e le persone ammesse al benefizio dei poveri per proporre la rivocazione. Queste ultime nell'atto in cui propongono la domanda devono indicare il decreto che le ammette a questo benefizio.

Annotazioni.

Veggansi le ANNOTAZIONI all'articolo 521.

Articolo 502.

La domanda di rivocazione è proposta con atto di citazione che ne contiene i motivi.

Quando la domanda sia proposta nei giorni cento ottanta dalla notificazione della sentenza, deve notificarsi come la sentenza a norma delle disposizioni degli articoli 367, 396 e 437, capoverso ultimo.

La domanda di rivocazione per adesione è proposta nel modo e nel termine stabilito dall'articolo 479 per adesione all'opposizione.

Annotazioni.

1. Il termine ordinario ad interporre domanda di revocazione è di 30 e di 60 giorni, giusta l'articolo 485. Ma si è visto che al di là di questa cerchia misurata si apre una landa senza confine per dar luogo all'eventualità portate dal capoverso dell'articolo 497. Qui si tira un'altra linea; si suppone possibile la domanda entro i tre mesi, tempo abbastanza prossimo per ritenere ragionevolmente che i materiali rapporti delle cose non siano mutati, e possano le notificazioni della citazione eseguirsi ove furono eseguite quelle della sentenza. D'allora in poi bisogna seguire le regole comuni prescritte alla notifica delle citazioni.

2. *Di coloro che possono proporre giudizio di revocazione.*

Si deve aver fatto parte del giudizio; si deve avere interesse: due condizioni copulative. Non solo ai successori universali, ma anche ai *successori singolari* o *aventi causa* appartiene il diritto d'azione.

Nei passati Codici piemontesi un largo titolo, chiamato *della revoca ad istanza dei creditori*, avvisava come questi fossero ricevuti contro una sentenza, *che fu effetto del dolo e della collusione a loro danno.* Questo titolo accusava una mancanza grave di quei Codici a cui ora è provveduto, come vedremo al seguente capo IV.

3. *Contro chi si propone la domanda di rivocazione?* Quando si trattò dell'appello, la legge parlò e disse *che si doveva proporre contro tutti quelli che vi hanno interesse* (articolo 409). Ora si tace del tutto. Ma la regola non può esser diversa. Non si verranno cercando interessati fuori del giudizio, e non s'introdurranno persone nuove; ma fra coloro che stettero in giudizio, taluno potrebbe non avere interesse; chiamato, vi farebbe portar la pena colla rifusione delle spese.

4. L'appellazione propaga i suoi vantaggi a favore di chi non appellò; e la sentenza che si ottiene è utile talvolta a persone non intervenute in giudizio. Sarebbe lo stesso della istanza e della sentenza di revoca?

Intanto noi abbiamo qui parlante il testo in fatto *di adesione.* Si può dunque *aderire* alla istanza di revoca come all'appello: sarà d'uopo essere nelle medesime condizioni d'interesse che sono mentovate nell'articolo 469.

Ma vi sarà un'istanza di *revoca incidente* come vi è un appello incidente? (art. 487). Non saprebbe in vero concepirsi dal caso in fuori che rapporto a qualcuno dei capi in cui l'avversario tuo riuscì vittorioso, tu intenda di fargli lo stesso giuoco se per avventura sia infetto di dolo quel capo in cui riuscì vittorioso, nel qual caso non vedrei ragione per cui la istanza non potesse proporsi in forma inci-

dente. Ma badate che bisogna essere in condizioni possibili, e le riduco a tre: 1° che poichè si tratterebbe di capo distinto (mentre sullo stesso capo mancheresti d'interesse) non vi sia di mezzo un'acquiescenza positiva; 2° che il termine sia utile, tale potendo essere per l'avversario che cavalca, a così esprimermi, nell'ampie regioni dell'eventuale, e potrebbe non essere per te, che avresti dovuto agire nel primo termine dell'articolo 497; 3° che le tue prove siano ugualmente nitide e certe.

Sin qui ci troviamo avere delle attinenze coll'istituto d'appello. Ce ne sono dell'altre fondate più addentro: cioè nella essenza delle cose. In materia indivisibile la revoca e la sentenza di merito che le tien dietro gioveranno eziandio ai non intervenuti (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1794, 6; PISANELLI, *Commentario*, vol. IV, pag. 535). E questo diciamo *in favorabilibus*, non *in odiosis*. Se la domanda non fu estesa a tutti quelli che erano teco in giudizio, non dovranno risentirne pregiudizio i non citati, e anche in questo convengo col PISANELLI (pag. sudd., n° 1069).

Articolo 503.

La domanda per rivocazione non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata.

L'autorità giudiziaria può tuttavia per motivi gravi dichiarare sospesa l'esecuzione.

Articolo 504.

Quando la sentenza impugnata sia stata prodotta in altra causa, l'autorità giudiziaria, davanti la quale pende quest'ultima, può sospenderne il corso.

Annotazioni.

La sentenza che ha già tutti i caratteri della cosa giudicata, può servir di base a tanti altri giudizi conseguenti; ad esecuzioni, a pignoramenti e vendite giudiziali, ad atti contro terzi; o può valere a difesa e in via di eccezione per respingere altrui pretese; rendere insomma tutti quegli uffici che può rendere una sentenza vittoriosa. Ebbene: l'art. 503 abilita l'autorità giudiziaria alla quale è portata la domanda di revoca *a sospendere il corso della esecuzione*, il che da tutte le altre procedure è vietato. L'art. 504 fa di più; autorizza qualunque giudice innanzi al quale pende una causa, *ove sia prodotta la sentenza*, a sospenderne il corso. È inutile domandare se questo articolo sia stato ben ponderato; se il redattore abbracciasse nel pensiero tutte le contingenze a cui può dar luogo. Sono tratti inconsiderati che sfuggono alla mano più abile in un lungo lavoro.

Articolo 505.

Nelle cause di rivocazione le sentenze delle corti d'appello e dei tribunali civili devono essere precedute dalle conclusioni del ministero pubblico, salvo il disposto nell'articolo 157.

Annotazioni.

Verremo tracciando alcune linee generali di procedimento.

1. Sappiamo che il giudizio è introdotto per citazione (articolo 502): che nei tre primi mesi può esser notificata nei modi in quell'articolo determinati; che di poi la citazione deve notificarsi personalmente, quanto dire alla residenza, dimora o domicilio.

2. Il carattere del processo risponde alla qualità della giurisdizione. Sommario avanti un conciliatore o pretore, coll'adozione di quella medesima procedura rispettivamente indicata: non ce n'è altra.

È a vedersi se avanti i tribunali civili e le Corti d'appello non sia piuttosto da eleggersi il procedimento sommario, ad essi proprio.

Mettiamo fuori di questione i n° 1° e 2° dell'articolo 389. Un giudizio di revocazione non può parificarsi a un giudizio d'appello. Ma io porto opinione non potersi escludere la facoltà attribuita al presidente dal n° 3.

3. In generale può dirsi che le attribuzioni comuni ad ogni giudizio sono nel giudice della rivocazione, e quindi anche per ciò che riguarda la contumacia, la istruzione, le forme incidentali, semprechè siano compatibili col-

Digitized by Google

l'indole e scopo di cotesto giudizio speciale.

Raccomando all'attenzione il seguente riflesso che concerne principalmente la questione del dolo. Quando si oltrepassano i termini ordinarii all'esercizio dell'azione, è prescritta la condizione *della prova scritta*, di cui si fece già cenno all'articolo 497. *Ma se ci troviamo nel termine ordinario, è forse necessaria questa medesima prova scritta*, oppure potremo provare il dolo con ogni mezzo legale? Ecco come si esprime a questo proposito il PISANELLI nel *Commentario:* « Il dolo non si « presume, ma può esser provato *con tutti i « modi di prova riconosciuti dalla legge.* Non « si è mancato di sostenere che, come il n° 2 « esclude ogni investigazione per provare la « falsità richiedendo una prova certa di essa, « lo stesso debba dirsi del n° 1; ma i tribu- « nali hanno fatto giustizia di questa strana « eccezione ». E qui rammenta una sentenza della Corte di Torino, del 13 aprile 1838, che ammise interrogatorii per provare il dolo (volume IV, pag. 541). Questa dottrina a me pare verissima per sè, e conforme al sistema del Codice.

4. Il *Ministero pubblico* propone le sue conclusioni nelle cause di maggiore importanza, che si reputano quelle avanti i tribunali civili e le Corti, eccettochè i primi non fungano le veci di tribunali di commercio.

Articolo 506.

La sentenza, che rigetta la domanda per rivocazione, condanna l'attore nelle spese e nell'ammenda o multa

Di lire cinque, se la sentenza impugnata sia di un conciliatore;
Di lire venticinque, se di un pretore;
Di lire cinquanta, se di un tribunale civile o di commercio;
Di lire cento, se di una corte d'appello.

Lo condanna inoltre al risarcimento dei danni, se siavi luogo.

Articolo 507.

La sentenza che ammette la rivocazione ordina la restituzione delle somme depositate, e rimette le parti nello stato in cui erano prima della pronunciazione della sentenza rivocata.

Articolo 508.

Quando lo stato della controversia lo permetta, si giudica con una sola sentenza sull'ammessione della domanda di rivocazione e sul merito della controversia.

In questo caso la restituzione di ciò che siasi conseguito colla sentenza rivocata è regolata dalla nuova sentenza.

Annotazioni.

Veramente una duplice e ben distinta istanza si fa assumendo il giudizio di revocazione; e questo consta di due pronunciati pure distinti, la revoca del primo, se ha luogo, e una del tutto nuova e indipendente decisione di merito. La scuola suol chiamare *rescindente* la prima parte e *rescissoria* la seconda. Appoggiandosi alla quale distinzione che è nella natura del giudizio di revoca, e non disponendo altrimenti la legge, pensò con altri il PIGEAU che fosse pur d'uopo di pronunciazioni materialmente separate e a una tal quale distanza fra loro, certo per promuovere domande e produrre mezzi e difese di merito. La opinione del PIGEAU non fu ritenuta dal maggior numero degli scrittori se non nel caso che gli argomenti della revoca fossero dedotti dal fondo della procedura, anzichè dal diritto: per esempio, ei trattasse di nullità di procedura, o di omissione di pronunciare sopra un capo di domanda, o di aver giudicato *ultra petita:* subbietti di revoca secondo il Codice francese (DALLOZ, *Rép. réq. civ.;* CHAUVEAU, q. 1795 bis in CARRÉ; LEPAGE, p. 338, ecc.). Ma nel nuovo sistema italiano, risospinti codesti temi alla Cassazione, alla quale realmente appartengono, si è potuto predisporre nel testo che *la domanda di revocazione e la controversia di merito si giudica con una sola sentenza*, permettendolo lo stato della contro-

versia. Risoluta la questione pregiudiziale, il merito sarà ripreso con atto da procuratore a procuratore, non più come giudizio nuovo, ma come già instaurato colla domanda di revoca. Secondo il nostro sistema, non sarebbe esatto il dire che l'autorità giudiziaria *ripiglia la propria giurisdizione* in quanto annulla la prima sentenza; ma piuttosto che, non ostante il suo giudicato definitivo, *rimase investita ab origine della facoltà di giudicare una seconda volta*, risolvendosi per certi vizi intrinseci la prima sentenza che si ha come non pronunciata. Ne segue che il libello revocatorio comprende anche la ragione di merito, e porta avanti il tribunale tutta intera la lite.

Articolo 509.

La domanda di rivocazione non è ammessa contro le sentenze pronunziate in giudizio di rivocazione.

Contro le sentenze pronunziate nelle cause per rivocazione di sentenze di seconda istanza è ammesso il ricorso in cassazione.

Contro le sentenze pronunziate nelle cause per rivocazione di sentenze indicate al numero 2° dell'articolo 495 è ammesso l'appello, salvo che la sentenza sia di un conciliatore.

Annotazioni.

1. Una forse non esatta espressione dell'articolo 502 del Codice di procedura civile francese fece attecchire in Francia una singolare opinione seguita dai più chiari maestri di giure giudiziario, quali il PIGEAU, il DALLOZ, il CARRÉ, ecc., sul potersi contro una sentenza di revocazione ricorrere in revocazione non già da colui che ne promosse la domanda, qualunque ne sia stato l'esito, ma dal suo avversario soccombente. Egli è vero, diceva il CHAUVEAU che non indietreggiava dalle disastrose conseguenze di un simile sistema « que « dans le système de Pigeau que nous ado- « ptons, le demandeur serait à son tour recevable à user de la requête civile contre le « jugement d'admission de celle du défendeur, « et celui-ci réciproquement, *de sorte que les « contestations deviendraient interminables* ». Egli confessa l'inconveniente, e si attiene, come gli altri, un po' troppo materialmente alla locuzione del testo (*). A me pare che l'articolo 578 del precedente Codice sardo peccasse alquanto di tale pericolosa anfibologia. La precisione a cui il testo è stato ridotto ci appalesa che il redattore conosceva la storia dei suoi antecessori.

Se la domanda fu rigettata per difetto di deposito o di qualche altra formalità preliminare, niun dubbio, potrà riprodursi, se il termine non è passato.

2. La stessa sentenza di revoca è soggetta, come ogni altra, a cassazione. Sono rimedii la cui indipendenza è stata vieppiù assicurata dalle notevoli riforme della nuova legislazione giudiziaria. Una sentenza che ha bastante cumulo di vizi per esser revocata e annullata, può attaccarsi con amendue i mezzi a un tempo, come fu notato altrovo. Se scorsero i mesi e gli anni onde maturaro gli avvenimenti preveduti dal capoverso dell'art. 497, il ricorso in cassazione non sarà pregiudicato, ma verrà sempre dopo la sentenza e dopo gli altri rimedii ordinarii, se ce ne saranno; e se alcuno potrà vedervi una tela interminabile, un eccesso di garanzie (avvertendo però alla vera straordinarietà di simili fatti), di scarsezza e di mancanza, non si dorrà per certo.

3. Il ricorso in cassazione potrà duplicarsi in questo senso, che pronunciandosi separatamente la sentenza di revoca dalla sentenza di merito, si avrà diritto di attaccare la prima; di poi pronunciandosi questa non impedita dal ricorso (che non sarebbe sospensivo), potrà essa pure, se giovi al soccombente, esser fatta segno di un altro ricorso. Ne segue chiaramente che se la prima, che continueremo a chiamare pregiudiziale, va in nulla, cade anche la seconda che in quella si appoggia; e si rifarà da capo il giudizio: e resistendo la prima alle censure, potrebbe la seconda essere annullata. Pronunciandosi una sola sentenza, giusta l'articolo 508, è pure palese che non si

(*) « Aucune partie ne pourra se pourvoir en requête « civile, soit contre le jugement déjà attaqué par cette « voie, soit contre le jugement qui l'aura rejetée, soit « contre celui rendu en rescissoire, à peine de nullité et « de dommages-intérêts, même contre l'avoué qui, ayant « occupé sur la première demande, occuperait sur la « seconde. » Art. 503.

farà luogo che ad un solo ricorso, o avremo più semplice processo, o meno dannoso a quegli infelici che sono trascinati in cotali giudizi.

In ogni caso di annullamento la causa sarà tratta fuori dell'orbita da prima assegnata; e non più *la stessa autorità giudiziaria*, ma quella a cui sarà rinviata deciderà la lite, quasichè sia decaduta dalla facoltà di giudicare per merito de' suoi nuovi errori.

4. Veniamo all'appello.

Surrogato il giudizio revocatorio a quello che fu annullato, se trattasi di sentenza proferita *in primo grado*, siamo adunque al medesimo punto, e resta aperto il secondo grado di giurisdizione.

Questa determinazione che sostenuta dalla legge sembra conforme alle più semplici nozioni del diritto giudiziario, o non fu nè preveduta nè discussa, o fu contraddetta da autorevoli scrittori. Il PISANELLI disse nel *Commentario*: « Noi crediamo che in ogni caso e « sempre l'appello sia inammissibile. Il giudizio « di revocazione o che s'intenti avanti un tri- « bunale di prima istanza, o presso un tribu- « nale d'appello, ha sempre la medesima in- « dole. Sorge nel difetto di ogni altro mezzo « ordinario, e per motivi determinati dalla « legge. Però non s'intenderebbe come la sen- « tenza proferita sulla domanda di revoca « fosse talvolta appellabile, ed altra no; e « ciò senz'alcun riguardo alla causa, ma solo « secondo che fosse pronunziata da un tribu- « nale provinciale o da una Corte d'appello » (vol. IV, n° 480).

Non sono queste le sole ragioni che adduceva l'insigne scrittore a sostegno della sua opinione. In favore della legge noi osserveremo in opposto: che la revoca togliendo dal mondo la sentenza, ve ne sostituisce un'altra che occupa lo stesso posto nell'ordine dei giudizi. Un pronunziato di nullità non crea cosa alcuna; non fa che distruggere. Il giudice ingannato si riabilita in certa guisa confessando e riparando il proprio errore; e torna qual era prima, riassume lo stesso còmpito, giudica la stessa causa, nella stessa condizione e grado. Se la prima sentenza non fu appellata, ciò avvenne perchè il risultato ci tornò favorevole. Ora ci è stato contrario, e noi appelliamo: ciò sembra naturale. Se poi non si appella da una sentenza di Corte, egli è perchè essendo esauriti amendue i gradi di giurisdizione, non si fa luogo ad ulteriore appello.

Ma qui sorge una questione assai grave. La sentenza di revoca fu pronunziata prima del merito e in modo principale. È luogo all'appello? Se questo è, ne conseguita che confermata la sentenza, e pronunziandosi la sentenza di merito, da questa pure si potrà interporre appello, oppure la Corte d'appello, confermando, pronuncierà eziandio sul merito? Vede ognuno che ciò non potrebbe avvenire se a tanto non si estendesse la domanda d'appello. Ma giova supporlo. Il mio parere è che si possa portare alla Corte (diremo al tribunale, se la sentenza è di pretore) anche la controversia di merito. Oltre la patente analogia che può derivarsi dall'articolo 492, reputo che la logica attinenza dei due giudizi, lo spirito e scopo della legge concorrano a favore di questa conclusione. Non dimenticate però la limitazione dell'articolo 493 qui pure osservabile; regola essendo d'ordine superiore, rivolta a mantenere la integrità del doppio grado, mentre il giudice che si dichiarò incompetente, nulla conobbe della questione, e nulla decise. Io diceva che la parte *ha facoltà* di proporre appello dalle due sentenze congiuntamente. Ciò suppone una pronunzia distinta, ma prossima in qualche modo. Se la sentenza di revoca mi è notificata, se vanno scorrendo i termini, io potrò bene da quella appellare, tenendo il metro che si era notato parlando del ricorso in cassazione. Eccoci a fronte di due distinti appelli. Riassumendo 1° se le due sentenze che rappresentano i due momenti decisivi del giudizio di revoca sono pronunziate in un sol fiato, alla stessa udienza molto più se ne formano una sola, unico è l'appello; 2° unico può essere l'appello, eziandio separate le due sentenze (*); 3° facoltà pure di separare l'appellazione, specialmente se la prima sentenza fu notificata.

Viluppi sono questi, istorie lunghe di liti intralciate e pressochè interminabili, io ne convengo; e sempre più dura si fa la condizione dei litiganti per tutto quello che ha di vago e di illimitato l'articolo 497, ma sono tutte conseguenze logiche del sistema. Io ne concludo che la istituzione, tolta in origine, colla levità propria di chi imita, dallo straniero, malgrado le riforme che ha subito, ha mestieri di nuovi studii. Alcuni dei nostri buoni Codici, quali furono quelli di Roma, Parma e Modena, se ne passarono; e forse non sarebbe male abolire la istituzione qualvolta nella Corte suprema si concentrassero attribuzioni che ne tenessero luogo.

(*) È manifesto che, rejetta la domanda di revoca, *res acta est*.

CAPO IV.

DELL'OPPOSIZIONE DEL TERZO

Articolo 510.

Un terzo può fare opposizione a sentenza pronunziata tra altre persone, quando pregiudichi i suoi diritti.

Annotazioni.

1. La teoria conosce due forme di opposizione, una *principale* ed una *incidente:* questa, adottata da tutte le legislazioni, non è altro che l'intervento volontario dell'art. 201 e 202, di cui è base l'interesse, e scopo il combattere o l'una o l'altra delle parti, sostenere l'azione o contrastarvi; e per due caratteri specialmente si discerne dalla opposizione principale; 1° perchè s'intromette, *incidit* in un altro giudizio; 2° perchè è *preventiva*, e mettendosi in linea cogli altri litiganti, il terzo si prefigge di conseguire un giudicato conforme al suo diritto (*).

Ognun vede che il terzo avanzandosi in tal modo sul campo di battaglia, può prendere, useremo una frase che non ha guari era frequente, *delle posizioni favorevoli*. I due Codici sardi hanno creduto che ciò dovesse bastare, dappoichè il terzo che avesse lasciato correre il giudizio, non aveva che temere da sentenze non proferite in suo contesto; il principio, *res inter alios acta*, era sempre là per guardarlo da ogni offesa.

Nondimeno la mancanza di tale istituto era stata rimproverata ai Codici sardi; il ritorno al sistema francese era affrettato dagli scrittori, e lo credo con ragione. La esistenza di una dichiarazione autorevole di diritto a me contraria, quantunque non eseguibile contro di me, mi nuoce moralmente in più guise. Mi nuoce per quell'autorità che facilmente s'impone ai giudici di uguale o inferior grado che dovranno risolver lo stesso problema; mi nuoce perchè la minaccia del mio avversario ha preso un carattere di maggior gravità e quasi di legalità; mi nuoce finalmente perchè la solidità del mio diritto ha già ricevuto una scossa nella opinione, e in me è diminuito il sentimento della mia sicurezza. La legge tutela la mia libertà quando mi permette di liberarmi dalla inquietudine di questo stato incerto di cose, affrontando la sentenza, e provandone l'ingiustizia prima che l'avversario venga a ferirmi con un diretto assalto. Vedremo nel corso di questa nota che la sentenza può recare al terzo un danno effettivo.

2. *Contro quali sentenze si ammette l'opposizione del terzo?*

a) Ogni sentenza, generalmente parlando, può essere oppugnata con questo mezzo. La condizione d'impugnabilità di ogni sentenza è l'*interesse*, ed è ciò che viene particolarmente mentovato nell'articolo. Non s'impugna una semplice ordinanza, un semplice decreto preparatorio e d'istruzione, perchè non si ha interesse di farlo; ma sì una sentenza interlocutoria, avente *vim definitivæ* sul punto deciso (*V.* ANNOTAZIONI all'articolo 360).

b) *Ma non sarebbe per avventura fuori del sistema la sentenza degli arbitri?* (**) Così insegnano CHAUVEAU, quest. 1708; MERLIN, *Rép.*, v° *Opposition* tierce, BERRIAT ed altri, i quali pensano che tali sentenze non siano suscettibili di opposizione di terzo; e si fondano in due ragioni: 1° perchè le sentenze arbitramentali non sono vere sentenze; 2° perchè nell'articolo 1022 del Codice di procedura civile era scritto che *le sentenze degli arbitri non sono opponibili ai terzi*. Il PONCET osservava in aggiunta: « Les arbitres ne tenant en ce « cas leur pouvoir que des parties elles-mêmes « qui n'ont pu les constituer juges publics ». Chi rispondesse che la sentenza degli arbitri assume carattere giudiziale dopo la sanzione del magistrato che la rende eseguibile, sentirebbe replicarsi dal PONCET: « Le jugement

(*) Il PONCET ha bene definita la opposizione del terzo: « Quel est en effet le caractère effectif de la tierce « opposition? C'est d'être comme une action principale « d'intervention formée par un tiers, non pas dans une « cause existante, puisque après le jugement il n'y a « plus de cause; mais dans l'exécution de ce jugement, « pour en prévenir ou en faire réparer l'effet à son « égard ». E ciò quantunque esecuzione propriamente non sia cominciata (PONCET, *De la tierce opposit.*, n° 390).

(**) In compromesso *volontario*: essendo ritenuta vera sentenza giudiziale se nasca da arbitramento forzato.

« arbitral, même rendu exécutoire, n'est tou-
« jours que l'exécution d'un mandat, contrat
« privé contre lequel on ne doit pas plus être
« admis à la tierce opposition, que contre
« toute autre convention » (n° 417).

È una questione che merita attento esame.

Si potrebbe osservare dapprima, venirci meno amendue le ragioni che sembrano essere, ma in realtà non sono, il fondamento di codesta opinione. La sentenza degli arbitri ha tutti i caratteri e tutti gli effetti di ogni altro atto che porta questo nome; è circondata di tutte quelle guarentigie che alle altre competono; può essere appellata, rivedata in giudizio di revoca e in Cassazione; è insomma una vera sentenza. L'art. 1022, che, quantunque non abbia per sè un significato d'importanza, è tuttavia ritenuto decisivo dagli scrittori francesi, quell'articolo manca nel nostro Codice. Contuttociò il giudizio degli arbitri, rimpetto al sistema generale della procedura, è senza dubbio *extra ordinem*; e non tollera quella espansione, userò questa frase, di cui sono capaci le contestazioni recate ai tribunali. La chiamata di un terzo garante, l'intervento di un terzo interessato, non può concepirsi in un giudizio di arbitri; l'arbitramento è fondato nella convenzione, e chi non interveone quale compromittente nella convenzione, non può aggiungersi ai contendenti; gli arbitri per lui mancherebbero di giurisdizione. In ciò siamo pienamente d'accordo. Anzi questa è l'unica e vera ragione; mentre se noi valutiamo il danno morale che riflette sopra di noi da una sentenza che ferisce indirettamente qualche nostro diritto, se la sentenza degli arbitri autorata dal giudice può recarci anche un danno effettivo (di che vedi più avanti n° 4°), in tale aspetto non si vedrebbe perchè dovesse negarsi la opposizione del terzo.

Il giudizio arbitrale può essere limitato dalla convenzione ad un solo grado di giurisdizione o può estendersi ad ambedue. In questo secondo caso l'*intervento è impossibile*, e quindi *impossibile la opposizione del terzo*. La quale che è mai *fuorchè un intervento in via principale*, come si esprime il Poncet nel passo sovracitato? In quello che chiamasi propriamente *intervento*, un terzo che non fu invitato, viene ad assidersi volontario nel giudizio fra atto ed atto della causa e prima della sentenza; nell'altro caso entra fra la sentenza e la sua esecuzione; ambedue sono modi di difesa del terzo, hanno l'indole di quelle azioni che si dicono *de damno infecto*, a prevenire un danno che si minaccia. L'intervento nel corso di un giudizio arbitrale è cosa inconcepibile, io dissi, non potendo venir di fuori verun litigante che non sia nel compromesso; *ergo* la opposizione del terzo non può aver luogo, e in questa parte la dottrina francese è irrecusabile.

Ma noi andiamo più avanti, e poniamo il quesito: *se passando il giudizio dagli arbitri al Tribunale* o *alla Corte come giudice del merito in grado d'appello* (art. 29), *potrà in tal caso aver luogo l'intervento e la opposizione del terzo?*

Che l'intervento si ammetta in appello è dichiarato dall'art. 491 appunto per coloro che *hanno diritto di formare opposizione*; per coloro cioè che hanno interesse speciale e diretto.

Il forte della questione sta in ciò, se il giudizio arbitrale una volta finito per continuare in grado d'appello avanti i giudici ordinarii, mantenga la sua natura esclusiva di ogni nuova intrusione di litiganti; o piuttosto assuma, per questo rispetto, il carattere comune a tutti i giudizi.

Motivo di dubitare sarebbe che la natura di ogni giudizio si desume dai suoi principii e dalla sua causa; che considerandosi l'appello come una continuazione dello stesso giudizio, questo riceve bensì dall'appello un nuovo sviluppo, ma non può essere e non può diventare un giudizio diverso. Tanto è vero che la seconda sentenza, qualunque sia, trae la sua ragione di essere dalla sentenza degli arbitri.

Io sento la forza di queste ragioni. Nondimeno sono nel credere che l'intervento in appello e la opposizione del terzo debba concedersi.

Dipendeva dai compromittenti o il rinunciare all'appello o il commetterlo agli arbitri; ma tranne il primo grado, piacque ad essi di seguire la legge comune. È vero che la forma del secondo giudizio è quella generale che è indicata per gli appelli; e tale essendo si dovrebbe fare una eccezione all'art. 491; e con quale autorità il giudice possa farlo, in verità non si vede. In ogni giudizio d'appello la facoltà cognitiva del secondo giudice è determinata da quella del giudice al quale si sostituisce, ella è regola costante; e perciò sono proibite *le domande nuove*; ma l'intervento non si considera domanda nuova. Rispetto alla giurisdizione, che è l'obbietto più grave, si vuol riflettere che l'autorità giudiziaria non deve essere privata delle sue attribuzioni, nè i terzi del loro diritto, una volta che il giudizio è rientrato nel suo dominio; che tale giurisdizione i giudici hanno dalla legge, e i privati non potevano col loro patto attenuarla; non si

offende il patto che rimane in tutta la sua integrità fra le parti che lo hanno stipulato; le stesse parti avendo lasciato aperto l'adito all'appello avanti l'autorità giudiziaria, convennero tacitamente che in quella sede si potesse fare tutto quello che per tali giudizi prescrive o consente la legge.

3. A portar luce su questa materia sempre grave e sempre difficile, giova notare la differenza testuale che passa fra la nostra e la legge francese che il Codice napoletano fece propria colla consueta servilità. L'art. 538 di quest'ultimo dice: « Un terzo è autorizzato a « fare opposizione a un giudicato che pregiu- « dica a' suoi diritti, *ed al quale nè egli nè* « *coloro che rappresenta siano stati citati* ». Queste parole non si leggono nel nostro articolo; il redattore dotto e diligente conosceva quale scandalo prodotto avessero malgrado l'innocenza loro (*). In Francia era una vecchia opinione che la opposizione del terzo non fosse ammissibile, *ove colui che non fu citato non fosse di quelli che avrebbero dovuto citarsi;* il che restringeva sensibilmente il diritto dell'azione, e metteva il terzo in condizione di non potere usare di tale o beneficio o rimedio se non dimostrasse *ch'egli doveva esser chiamato;* che fu irregolarità o, diciamo anche, nullità il non farlo. E ciò significava ch'egli avesse comune o l'azione o la eccezione, onde non bastava dimostrare il *suo interesse attuale*, presente, urgentissimo (come talvolta appare); presso a poco doveva essere un consorte necessario nella lite. La Cassazione francese andò con replicate decisioni in questa sentenza (21 febbraio 1816, 19 agosto 1848); e illustri signiferi della procedura, quali MERLIN (*Répert.*, tierce opposit.) e CHAUVEAU, l'ultimo specialmente con grande sforzo contro il CARRÉ (quest. 1709), sostennero questa dottrina. Il nostro articolo è perspicuo nell'escludere tal condizione; l'azione del terzo ha la sua base nell'interesse *diretto ed immediato*, ne conveniamo, *ma non collegato necessariamente alle relazioni personali dei litiganti*. Codesto interesse è, e può ben chiamarsi, *conservatorio* ed è perciò che si trasforma in diritto.

4. Trascrivendo i seguenti brani della prima Relazione ministeriale, io ottengo il doppio scopo d'illustrare la materia per via di esempi e di far parlare, a così dire, la legge stessa per la bocca del suo principale autore.

« Il semplice detentore della cosa mobile « che accettò indebitamente la controversia « sulla proprietà, viene condannato a conse- « gnarla a colui che propone la rivendica- « zione. La sentenza non impedirà il proprie- « tario, a cui nome succedeva il detentore, di « proporre a sua volta la rivendicazione con- « tro il vincitore. Ma *se la sentenza viene ese- « guita dalle parti, se il proprietario lascia « che il detentore consegni la cosa mobile a « rivendicante*, potrà in seguito essergli dif- « ficile, e talvolta gli sarà impossibile riaverla « da quest'ultimo, o quanto meno non potrà « averla nello stato in cui si trovava al mo- « mento della consegna: *la cosa mobile sarà « stata alienata, distrutta*, o *deteriorata. Il « proprietario pertanto ha un massimo inte- « resse di opporsi alla sentenza*, non solo al « fine di far riconoscere il suo diritto, ma « principalmente per impedirne l'esecuzione. « È per lei della maggiore importanza di pro- « vare direttamente l'errore del giudicato ed « arrestare anzi tutto quella esecuzione che « può portargli un danno irreparabile. »

Viene indi a parlare di cose immobili, e osserva: « Se l'immobile rivendicato contro il « semplice detentore passa, per esecuzione « della sentenza, in possesso del rivendicante, « può avvenire che allorquando il proprieta- « rio abbia contro di esso ottenuta una sen- « tenza favorevole, e la ponga ad esecuzione, « egli non riesca a ricuperare dallo stesso ri- « vendicante che un immobile assai deterio- « rato e di un valore molto inferiore a quello « che aveva prima dell'avvenuta dismissione. « Lo stato d'insolvenza del nuovo possessore « sarà tale che il proprietario, ben lungi dal « poter ottenere la restituzione dei frutti, il « risarcimento dei danni, supponendo che lo « stesso possessore sia di mala fede, non riesca « neppure a conseguire il rimborso delle spese « giudiziali. Per evitare tali danni è pertanto « necessario che il proprietario, *invece di la- « sciare in disparte il primo giudicato e pro- « porre ex integro la sua azione*, abbia il di- « ritto di portarsi opponente al giudicato me- « desimo per dimostrarne l'errore e per im- « pedire anzitutto la esecuzione ».

Il PISANELLI pone altri due casi notevoli che finiscono di determinare la nozione dell'interesse del terzo. Suppone che si tratti di demolizione di un edifizio, diviso sì, ma materialmente unico; il proprietario di una parte più o meno estesa dell'edificio, ha tutto il diritto di garantirsi da rovinose esecuzioni, o forse è in grado di opporsi in genere alla

(*) Perchè in quella formola si esprimeva piuttosto il *non fatto* della citazione che l'obbligo che se ne avesse.

demolizione. Fingasi, in altra specie, che la questione versi *sulla cancellazione di un'ipoteca*, e che il terzo abbia interesse nella sua conservazione; una volta cancellata la iscrizione, il danno, ben si vede, può divenire irreparabile. Il terzo però, io aggiungo, non sarebbe fondato allegando per es. *un interesse generale di creditore* (*). Dovrebbe provare un interesse più vicino, più connesso alla esistenza di quella ipoteca, per es. se ha una convenzione coll'attore, se è coerede, ecc.

Articolo 511.

L'opposizione del terzo si propone davanti la stessa autorità giudiziaria che ha pronunziato la sentenza impugnata, e possono su di essa pronunziare gli stessi giudici.

Annotazioni.

1. **Questioni.** — *a) Se la sentenza della Corte ha confermato quella del Tribunale, la opposizione del terzo a quale delle due autorità deve essere portata?*

Non si mette in dubbio che l'autorità giudiziaria che ha pronunciata la sentenza contro la quale si solleva la opposizione, sia la sola competente. Ma se una sentenza di prima istanza è stata plenamente confermata in appello, non è forse quella l'autorità giudiziaria che ha pronunciato; perchè la seconda non fa che annientare l'appello e dire che ha giudicato bene? Il MERLIN concluse in contrario: « C'est sans contredit devant le tribunal *de « qui est émané le jugement confirmatif* qui « doit être portée la tierce opposition ». Quel *sans contredit* poteva dirlo il giureconsulto al tempo suo. Si ricordano altresì due decisioni della Cassazione francese nello stesso senso (16 febbraio 1828, *Journal Ad.*, t. XXXVIII, pag. 298; 11 maggio 1840, *Journal du Palais*, 3ª edizione, t. II, quest. 1840, pag. 429), stando specialmente sull'argomento che alla terza opposizione i due gradi di giurisdizione non occorrono. E in questo avviso sembra essere il CHAUVEAU (in CARRÉ, quest. 1723). Il CARRÉ pensò all'incontro che la opposizione deve portarsi avanti il tribunale la cui sentenza fu confermata. Vanno col CARRÉ il PIGEAU (*Comment.*, t. II, pag. 63), il DE LANGLADE, il PONCET, ecc.

Io non ho proposto il caso inverso, ove *la sentenza del tribunale fosse stata infirmata dall'appello*. È manifesto che in questo caso la opposizione non può esercitarsi che avanti al secondo giudice, perchè la sentenza di lui è quella che mi offende; è la sola che esiste in quel senso: il primo giudice fu esautorato dalla disapprovazione dell'autorità superiore. Io dunque, prego tenerlo in mente, non mi faccio per veruna maniera appoggio dei due gradi di giurisdizione; ma son fermo in ciò, che la sentenza confermata è la sola che tiene il campo, e *dalla sentenza confermatoria acquista questo solo ch'essa diviene cosa giudicata*. Ad essa di fatti si devolvono tutte le cognizioni dell'esecuzione (art. 492), al quale ordine il presente istituto in gran parte appartiene.

È di molto rilievo statuire e avere per indubitato che il terzo opponente *non ha nessun diritto a godere dei due gradi di giurisdizione*. Malgrado alcuni pareri contrarii, il principio a me sembra della maggior evidenza. Voglio prescindere un momento dalla legge che conduce per via diretta a questa conseguenza, mentre, nella sua generica espressione, l'autorità giudiziaria indicata dall'art. 511 può ben esser tale che non abbia superiore, come appunto una Corte d'appello. Del resto la opposizione è facoltativa; del pari che l'intervento è una facoltà *che si esercita nello stato e condizione del processo*. Il terzo può, se meglio gli piace, vantaggiarsi dei due gradi di giurisdizione, istituendo un giudizio separato e distinto, quantunque per più rapporti possa tornargli meno utile.

b) Che una Corte giudichi per suo attributo in ultima istanza, chi potrebbe dubitarne? Gli scrittori spigolando sottilmente, come sogliono, la messe, si fermarono nella ipotesi *di una opposizione presentata al tribunale giudicante in grado d'appello da una sentenza mandamentale* (ora pretoriale). Come il *tribunale* fa ad un tempo funzione di giudice d'appello verso quella, e le sue sentenze sono appellabili alla Corte, si è creduto di elevare una seria questione, domandando *se almeno in questo caso il terzo opponente potesse appellare*. Il dubbio è risoluto in senso affermativo da uno scrit-

(*) Tale interesse potrebbe bastargli per l'intervento dell'articolo 201, non per quello dell'articolo 491 e per la opposizione di terzo.

tore di grande autorità in queste materie, il CARRÉ; ed è in omaggio di lui che ho voluto qui darne un rapido cenno.

Il CARRÉ ha espressa quest'opinione nel suo *Trattato della competenza*, part. II, l. 11, tit. 4; quest. 306, t. IV, e sembra in modificazione di altro e diverso suo avviso. Una decisione della Corte suprema del 29 novembre 1820 pareva giustificarla. Il terzo non poteva, permettendolo le circostanze della causa, essere privato del doppio grado di giurisdizione: ecco tutto. Il MERLIN diede, con una certa esitanza, il suo giudizio: « Que l'on doit regarder le tribunal « d'arrondissement *comme investi d'un pouvoir « suffisant pour juger la tierce opposition en « dernier ressort* ». Manco male. Il PONCET si determinò in questo senso, sollevando la mente al vero principio: « Car le jugement attaqué « avait été rendu en second degré; *c'est à ce « jugement de second degré que le tiers avait « formée opposition* pour le faire rétracter à « son égard; or il n'avait pu porter cette op- « position que devant le tribunal qui avait « rendu le jugement; c'est-à-dire devant un « tribunal de second degré » (*Tract. des jugements*, n° 421). Il CHAUVEAU, nella quest. 1730, si è messo risolutamente da questa parte. Ma, se Dio ci aiuti, dove sta qui la difficoltà? Ripetiamolo anche una volta: l'intervento come la opposizione del terzo non sono che *addizioni* ad un giudicio o pendente o deciso, che è il suo sostrato. Se, per quanto lo riguarda, può influire nella conclusione, egli deve subire la condizione della procedura allorchè sia pervenuta al suo ultimo stadio; è pervenuta al suo ultimo stadio quando ha percorso il secondo grado; e se il tribunale ha giudicato in secondo grado, la sua decisione è sovrana come quella d'una Corte d'appello.

Articolo 512.

Quando la sentenza sia impugnata dai creditori di una delle parti, per essere effetto di dolo o collusioni a loro danno, l'opposizione si propone nel termine stabilito per appellare nell'articolo 485, che decorre dal giorno in cui hanno potuto scoprire il dolo o la collusione.

Annotazioni.

1. Chi fu parte del giudizio, non è ammesso alla opposizione: *egli non è un terzo*. In giudizio si può stare colla persona propria o per rappresentante. È ritenuto che, quantunque la rappresentanza sia illegittima, e quindi a tale rispetto possa annullarsi la sentenza, il male rappresentato non può mai reputarsi un terzo (PONCET, *Des jugements*, pag. 399).

Ma la rappresentanza è *personale* o *reale*. Porto nella prima categoria tutte quelle che sono richieste ad integrare la persona in quella funzione di stare in giudizio; chiamo *reale* quella che deriva dai rapporti delle cose, dalla condizione dei diritti. Verrò descrivendo alcune linee intorno a questa forma che presenta maggiori difficoltà, senz'assumere discussioni, e per semplice memoria di chi mi fa l'onore di leggermi.

a) *L'erede* o *legatario universale* è stato completamente rappresentato in giudizio dal suo autore: ripugna a lui l'attributo di terzo.

b) Il compratore è rappresentato dal debitore quando l'*acquisto è posteriore* alla sentenza. La dottrina giuridica adotta la stessa conclusione qualora l'acquisto sia stato fatto *pendente il processo*: il venditore possedeva la pienezza de' suoi diritti quando fu instaurata la causa; il contratto giudiziale era già formato, il fondo era in certo modo vincolato alla lite. In siffatta contingenza il compratore non è un terzo, e non ha il diritto di opposizione. Può avere quello dell'appello. Se la *vendita è anteriore al giudizio*, se il venditore fu da altri citato, se nacque sentenza che il compratore stimi tornare a suo pregiudizio, gli compete la opposizione del terzo.

c) L'*erede* che in appresso accettò la successione, o il *legatario particolare*, è stato legittimamente rappresentato in giudizio dal *curatore dell'eredità giacente*.

d) È stato deciso che i *sindaci* irregolarmente nominati rappresentano sino alla loro esclusione, a questo effetto, i creditori del fallito; e i sindaci, indi legalmente eletti, non hanno qualità di terzi (Cassazione francese, 25 marzo 1823).

e) Nella stessa condizione è il *coobbligato solidario* rimpetto ai giudicati proferiti contro il coobbligato.

f) Il *garante* che non è intervenuto nel giudizio, è un terzo relativamente alle sentenze pronunciate contro il garantito: la questione

sarà sull'interesse; e, secondo la pressione più o meno diretta che subirà dalla decisione, sarà o no ascoltato.

g) L'usufruttuario si considera come terzo rispetto alla lite di rivendicazione mossa da un Tizio contro il proprietario dal quale lo stesso usufruttuario ha causa. Accenno a questa circostanza come quella che può fare qualche difficoltà. Tuttavia la ragione del decidere sta in ciò, che l'oggetto della lite veniva a limitarsi sul terreno della proprietà, dacchè l'usufruttuario non era stato citato. Del resto *trattandosi di usufrutto legale*, non ci sarebbe la menoma questione.

Certamente il ben distinguere *i diritti proprii dai diritti trasmessi* è uno dei criterii regolatori in questa materia, e quindi

h) Il venditore con patto di ricupera non ha causa dal compratore, nè da lui è rappresentato nelle liti relative allo stesso fondo, ma si riguarda come terzo che ha diritto di opposizione (PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, tom. III, n° 1353).

i) Il *sub-conduttore*, avendo diritti suoi proprii, distinti da quelli del conduttore che in lui gli ha trasferiti, *non è un avente causa* rispetto alla lite intentata contro lo stesso conduttore per la nullità della locazione. (È anche l'opinione del CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1720, benchè sia molto disputabile.)

2. Osserviamo ora la posizione dei *creditori*, ed entriamo più direttamente nell'analisi dell'articolo 512.

Generalmente parlando, i creditori sono rappresentati dal debitore; le questioni decise in confronto del debitore sono decise anche contro di essi: essi possono intervenire, e, secondo i casi, appellare o ricorrere per revocazione, ecc.

Sono però in condizione diversa i creditori *quanto alle loro eccezioni personali*, nelle quali non possono essere dal debitore rappresentati; e più spesso si verifica un rapporto avversativo. Tale sarebbe la condizione del creditore ipotecario rispetto ai suoi particolari diritti (*); tale, e più forte ancora, allorchè si tratti di rompere una trama *di collusioni e di frodi* ordita a suo danno. È del tutto evidente che la rappresentanza del debitore sarebbe una menzogna; la contestazione un delitto; il giudicato, che ne è il prodotto, una cosa indegna del nome.

Sotto questo aspetto la legge ha considerato la posizione dei creditori, in un modo cioè del tutto speciale; quasichè in ogni altro caso loro non appartenga la *opposizione del terzo*. Ma ciò sarebbe contro le tradizioni della giurisprudenza, dalla quale noi togliamo il presente istituto, onde ci è necessario chiarir questo punto.

In generale, e nelle specie più comuni, i creditori chirografarii non possono guardarsi come terzi (se ne togli la previsione del presente articolo); eccetto che non fossero vestiti di alcun diritto *reale* per cessione, sequestro, pignoramento, ecc., non senz'aggiungere però che la qualità del diritto in quanto sia meramente derivativo e in quello del debitore si confonda, ovvero sia personale e proprio, molto dipende dalla specialità dei casi.

Passando a vedere *se i creditori ipotecarii* non siano ammissibili alla opposizione di terzo, fuorchè nel caso del nostro articolo, la pratica ha raccolto esempi che possono servire di guida per casi analoghi, e che al postutto bastano a provare che i creditori ipotecarii non sono esclusi dal diritto della opposizione: uno di questi esempi sarebbe se il diritto del creditore ipotecario fosse stato alterato, ordinandosi la riassunzione di una iscrizione che era stata cancellata (MERLIN, *Opposition tierce*, *Répert.*, art. 3 (Corte di Torino, 3 marzo 1809, lib. X, 2, 301; Corte di Parigi, 15 aprile 1811, lib. XI, 2, 472.

4. *Dei termini.*

Gravi questioni si sollevano da questo punto.

La prima è *se sia prescritto termine alla opposizione ordinaria del terzo, e quale sarebbe.*

Ordinaria io dico quella generale facoltà di opposizione che è impartita dall'articolo 510. Invero la legge sembra non essersi occupata che della straordinaria ravvisata nell'art. 512, di quella opposizione cioè che sorge legittima dalle insidie tese a danno dei creditori, e che deve ritenersi comune a tutti quelli che, avendo uno speciale interesse nella causa, furono colle stesse arti spogliati dei loro diritti. Fissata in cotale eventualità, la legge dà la misura del termine, ed è quello stesso che si concede all'appellazione: ma la movenza del termine è anch'essa eventuale, e discende dalla scienza che l'uomo ha potuto avere della frode e collusione che gli si è ordita contro. Ma che mai avviene nei casi ordinarii ove tutto è si-

(*) Più sotto vedremo se il creditore ipotecario abbia diritto di opposizione. Del resto si deve sempre rammentare che *la posizione del terzo è più vantaggiosa*, perchè non essendo direttamente e necessariamente colpito dalla regiudicata, non solamente si difende colla eccezione del *res inter alios acta*, non solamente ha diritto di opposizione senza bisogno di appellare, ma può anche istituire integro e separato giudizio.

lenzio? *Sarebbe forse statuito lo stesso termine dell'appellazione*, comechè desumendo il punto di partenza da un dato diverso?

Io sono ricorso avidamente alla Relazione ministeriale; la seconda non fa motto; quella del PISANELLI non è di qualità da incoraggiarmi in quella idea, perchè ivi è detto molto chiaramente che *non venne prefisso alcun termine speciale per la opposizione del terzo*. Se non che io sto fortemente in dubbio che l'alto giurista non abbia così dicendo contemplato il caso ordinario della opposizione, mentre poco appresso riflette che *non sarebbe stato logico* statuire un termine certo, poichè « se la notificazione della sentenza fatta alla parte non « basta a far decorrere il termine per impugnarla col mezzo della rivocazione, quando « sia stata vittima del dolo dell'altra parte », così solamente *dalla scoperta del dolo e della collusione* deve il termine computarsi. Io dunque mi avviso che al caso ordinario dell'articolo 510 non ponesse mente l'egregio ministro.

Gl'inconvenienti però di questo sistema negativo si presentano e fanno forza alla ragione. Come mai un rimedio *per equità* accordato a tale che forse non aveva diritto alcuno di esser chiamato in causa, al quale infine rimane riservata e preservata ogni azione, e che può difendersi in tanti modi, sarebbe prodigata la immane facoltà di turbare le cose giudicate oltre ogni termine ragionevole; d'introdurre cioè opposizione anche dopo i termini dell'appello e della cassazione?

Se per altro l'autorità della tradizione potesse render plausibile ciò che è condannato dalla ragione, si avrebbe parata la giurisprudenza francese, nella quale si ritiene costantemente che in quel sistema la opposizione del terzo è sciolta da ogni disciplina di tempo, e si può fare quando si vuole, *salva soltanto la prescrizione*. E poichè tali erano gli intendimenti delle Cassazioni e di più autori « nous « pensons également, soggiungeva il CHAUVEAU, qu'en thèse *le temps de former tierce « opposition n'étant pas limité*, elle peut avoir « lieu, soit tant que le jugement est susceptible « d'exécution, soit alors même qu'il aura été « exécuté, tant que le tierce n'y a acquiescé « ni directement, ni d'une manière indirecte ».

Soluzione.

Malgrado questi elementi negativi, seguendo il filo che mi porge questo medesimo articolo e il consiglio della mia ragione, dico che *qualora fosse al terzo notificata la sentenza, il suo diritto di opposizione sarebbe limitato al termine in cui è lecito appellare:* non ammetterei altra prova di scienza presunta, ritenuti però gli effetti dell'accettazione, come di ogni altra sentenza alla quale abbiamo interesse di opporre.

L'*altra questione* è se per il disposto dell'articolo 512, il terzo, volendo profittarne, debba premunirsi della *prova scritta* voluta dall'articolo 497, parte II, e tale io credo l'obbligo suo. Motivo di dubitare è il silenzio del testo; ma un riferimento implicito a quella legge non può negarsi, e l'*eadem causa* è evidentissima.

Articolo 513.

L'opposizione del terzo si propone e può essere notificata a norma dell'articolo 502.

Annotazioni.

1. È richiamato per la sua completa applicazione l'articolo 502. Tutti quelli che intervennero nel giudizio saranno citati.

Dell'adesione.

Dell'adesione e dell'intervento parlando, così opportunamente distingue la Relazione PISANELLI: « Non occorreva stabilire alcun « termine speciale per l'adesione che si vo« lesse dai cointeressati prestare alla opposi« zione di terzo proposta da alcuno di essi. « *L'adesione riguarda propriamente coloro che « presero parte o furono citati nel giudizio in « cui emanò la sentenza impugnata.* Ma pro« posta la opposizione di terzo da taluno degli « interessati, *gli altri che abbiano diritto di « fare la stessa opposizione potranno interve« nire nel giudizio*, e loro saranno general« mente applicate le regole che governano « l'intervento in causa. »

2. « Contro le sentenze proferite sulla op« posizione del terzo (continua la Relazione) « sono ammessi i rimedii che si possono far va« lere contro le sentenze pronunciate negli « altri giudizi ».

S'intende *se e come tali rimedii siano possibili*. Non sarà possibile l'appello, se la opposizione fu fatta contro sentenza di secondo grado, *salvo che la sentenza sia di un conciliatore* (articolo 508, capoverso ultimo).

Che si dirà della revoca? Compete al terzo cogli altri anche questo rimedio?

La opposizione del terzo dal rimedio della

revocazione differisce sostanzialmente in questo che l'una attacca una sentenza che rispetto all'opponente non ha carattere e virtù di giudicato, l'altro tende ad abbattere lo stesso giudicato che lo colpisce. Ciò spiega come per l'articolo 512 possa intentarsi opposizione di terzo per quegli stessi motivi per cui nel sistema generale è istituita la revocazione. La opposizione di terzo comprende adunque anche questo diritto; e manifestamente lo assorbe, e inabilita l'opponente a ripetere il tentativo in giudizio di revoca. Vero è bensì che dalla rea pece potrebb'esser guasto quel medesimo giudizio a cui è portata la opposizione; e potrebbe per avvenimento molto strano essere respinta la opposizione per dolo e collusione elevata contro una sentenza, o il vizio affiggersi invece allo stesso giudizio di opposizione, e contaminarlo. Che in simili casi possa esperirsi eziandio la revocazione, non è a dubitare.

Articolo 514.

L'opposizione del terzo non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata contro la parte condannata.

L'esecuzione è sospesa, quando possa derivarne pregiudizio ai diritti del terzo, salvo che l'autorità giudiziaria ordini per motivi gravi l'esecuzione, non ostante l'opposizione del terzo.

Annotazioni.

1. Venuto a questo punto il legislatore si è trovato come fra due forze contrarie: è tratto a respingere le sospensioni per lo rispetto del giudicato che, quantunque oppugnabile dal terzo, è definitivo nel rapporto delle parti fra le quali fu pronunciato; il riflesso di non rendere illusorio o almeno insufficiente il beneficio. Rimettersi alle circostanze, lasciarne l'arbitrio al giudice, è sempre la migliore. In Francia la tradizione discesa dalla celebre Ordinanza del 1667 ha stanziata una grande limitazione, per la quale è di rigore la esecuzione di quei giudicati definitivi che ordinano la consegna od espulsione de' beni immobili (articolo 478 del Codice di procedura civile), malgrado l'opposizione del terzo, e senza pregiudizio dei suoi diritti.

La nostra legge si è meglio inspirata al principio di equità. Il gius precostituito e l'equità si accordano poco. *L'equità è il diritto della circostanza.* Il giudice non potrà mai sceverare dalla sua mente due fatti: l'apparente ragione del reclamante, lo stato del processo esecutivo. Il pensiero della legge restrittiva in Francia fu questo: che di consueto le opposizioni che si fanno agli atti di esecuzione non sono di buona fede; e che trattandosi di immobili, il terzo non risente un vero pregiudizio, potendoli vendicare da qualunque possessore. Eppure in qualche caso il terzo (così detto perchè non fo chiamato in causa, ma che può avere un interesse vivo e presente), il terzo subirà una reale ingiustizia, uno spoglio, e la tarda rivendicazione non sarà che fonte di danni per lui e per gli stessi possessori. Cattivo servigio avrebbe reso a tutti la legge!

Evidentemente la nostra si mostra inchinevole a sospendere la esecuzione, e quasi lo richiede *concorrendo il pregiudizio del terzo.* Vi è una gran latitudine in cotale espressione, e si comprende di leggieri ogni pregiudizio che può nascere da un'esecuzione d'immobili, da una vendita giudiziale. Anzi è tanto difficile concepire *come pregiudizio non v'abbia* quando l'esecuzione è illegittima e gravante, che l'attenzione del giudice si fisserà principalmente sul *bonum jus*, che ad occhio esercitato ben presto risplende. I *motivi gravi* pei quali la domanda di sospensione sarà rigettata, non sono adunque che la *eccezione.*

2. *Dell'effetto della opposizione del terzo rimpetto alle parti comprese nella sentenza.*

La opposizione del terzo è un rimedio individuale come ogni altro; non concerne che il suo interesse. Se la sentenza dev'essere annullata, non lo sarà che in questo limite. *A* e *B* condannati a favore di *C* loro creditore, hanno anche subito pignoramento su fondi di loro rispettiva proprietà. In questo stato di cose entra un terzo, *D*, che portando un titolo autentico di cessione anteriore al giudizio fattogli da *C* del credito verso *A*, fa opposizione, domanda che la sentenza sia dichiarata inefficace, e la esecuzione intanto rimanga sospesa, stantechè essendo egli affittuario di *A*, viene a soffrirne danno. È manifesto che la opposizione non influisce sulla condanna di *B*, nè fa ostacolo alla esecuzione che lo aggrava.

Vi è divisione d'interessi quando la sentenza si parte in capi distinti, e la opposizione non riguardi che uno di essi. Vi è pure divisione d'interessi quando la causa della condanna su-

bita da taluno sia indipendente dal diritto del terzo, siccome nel sovra posto esempio. Ma codesto criterio non è sempre sufficiente per concluderne, che in presenza di un nuovo giudicato questa posizione sarà mantenuta.

La opposizione del terzo che tende a innovare sulla decisione, in ordine ai rapporti giuridici formati dalla sentenza, può ben produrre discrepanti effetti, e per diverso cagioni; può ad alcune parti *nuocere*, ad altre *giovare*, ed in questo duplice aspetto può tracciarsi qualche linea di una teorica che manca.

Tre categorie di relazioni possono aversi: 1ª *individuità*; 2ª *causalità*; 3ª *di processo* o *d'ordine*, e mi permetto questa nuova nomenclatura.

Se la obbligazione è oggettivamente individua, se più persone non devono che una cosa sola, per esempio, una ricognizione enfitentica, se viene il terzo e prova che il fondo è libero, è palese che i diversi compossessori del comprensorio che fu indebitamente ritenuto enfiteutico, sono *giovati* da quest'alzata di bandiera del terzo: il fondo non può essere nello stesso tempo libero ed enfiteutico.

La *solidarietà* non è sempre parificabile alla *individuità*: chè quella è dalla convenzione o dalla legge, e questa è nella unità metafisica, inscindibile per essenza. Non pertanto la opposizione del terzo scuote, per dir così, tutta la macchina in quanto la solidarietà che lo unisce coi pretesi debitori già condannati fa sì che questi si ritengano come rappresentati nello stesso loro interesse dal terzo opponente, che non sarebbe che un loro coobbligato. Se questo terzo entrando in causa sostiene e dimostra che l'azione è prescritta, chiaro è che giova a tutti gli altri.

Io chiamo *relazione di causalità* (se Kant me lo perdoni) quella che emana da una *causa di diritto*, ossia da un titolo che di necessità estende la sua efficacia sulla condizione di coloro che furono passivamente compresi nel giudizio. Primo, secondo e terzo sono debitori verso l'eredità testata di Sempronio. Primo e Secondo soltanto furono vocati in giudizio e condannati. Terzo si fa opponente, e porta niente meno che un codicillo del testatore in cui è scritto un legato di liberazione in loro favore. Sebbene il debito fosse, come si riteneva, diviso di sua natura, il *titolo* si estende a tutti, e la regiudicata crolla in vantaggio comune.

Finalmente l'effetto di una opposizione vittoriosa può esser tale che la caduta della prima sentenza porti con sè quella degli atti che ne seguirono in guisa da scompigliare interessi che parevano per la indipendenza loro al coperto da ogni pericolo. La relazione, in cui simile effetto si appunta, è quella stessa del *processo*, mentre su quel processo s'innesta il terzo e ne commuove e ne altera una parte, ma senza la quale non può consistere quel modo di esecuzione che se n'era dedotto; onde mi parve di poterla anche appellare *relazione d'ordine*. Ecco un esempio che tolgo da una specie giudicata (Sentenza della Corte di Cassazione, 6 fruttidoro, anno X, *Journ. Av.*, t. XXI, pag. 510). Formatasi una graduatoria di creditori, non levate ancora le mense, penetra nella sala del banchetto per la via dell'opposizione un terzo, un creditore privilegiato, prima sconosciuto, e si prende la parte sua cangiando l'ordine dei convitati, e alcuni anche lasciando a bocca asciutta. *La opposizione nuoce*; nuoce, perchè in tali giudizi si hanno tanti avversarii quanti competitori sulla stessa sostanza.

Articolo 515.

Quando la sentenza impugnata sia stata presentata in un'altra causa, si applica la disposizione dell'articolo 504.

Annotazioni.

Questo articolo, come il 504 a cui si riferisce, vuol significare, per quanto a me sembra, che trattandosi una causa *alla quale sia fondamento la sentenza impugnata*, visto l'attacco che quella sentenza subisce colla istanza di rivocazione o di terza opposizione, l'autorità giudiziaria invocata a deciderla può sospenderla. Esempio: in esecuzione della sentenza impugnata si era proceduto ad un sequestro in tribunale diverso da quello che deve giudicare della opposizione; in forza di quella sentenza che stabiliva il diritto allo scioglimento dell'affitto, si era proceduto ad un giudizio di espulsione. Se questo è il senso e lo scopo dell'articolo, bisogna convenire che la locuzione non è felice. Alla lettera, si direbbe che la *presentazione* della sentenza in altro tribunale basti ad autorizzare la sospensione di quel giudizio; mentre non potrebbe questo effetto ragionevolmente seguire, se non quando la sen-

tenza, ora impugnata, avesse una influenza decisiva sulla controversia, e non fosse stata prodotta, lo fosse stata vanamente, o per argomento di secondaria importanza (*).

Articolo 516.

Quando l'opposizione sia dichiarata inammissibile, o rigettata, si applica la disposizione dell'articolo 506.

CAPO V.

DEL RICORSO PER CASSAZIONE

SEZIONE I.

Delle sentenze che possono essere impugnate col ricorso per cassazione.

OSSERVAZIONI GENERALI

Nel passato sistema la *revoca* assorbiva alcuni degli essenziali attributi della Corte regolatrice; ed era per se stesso un difetto gravissimo, confondeva sino a un certo punto le attribuzioni, moltiplicava i giudizi, rivelava un concetto incompiuto della istituzione medesima (**). In questa parte la legislazione è stata sapientemente riformata.

Se mai vi fu istituto giudiziario che, derivando i suoi pronunziati fondamentali dalle limpide sorgenti della legge, abbia, per così dire, creato se stesso svolgendo largamente nella orbita razionale i primi e semplici veri legislativi ad esso affidati, egli è questo per eccellenza, operando appunto e adempiendo al proprio fine collo espandersi su tutta la vastità del campo giuridico che irriga e feconda sterpando l'errore che in breve lo renderebbe irto e selvaggio. La giurisprudenza, quest'immensa atmosfera nella quale vive e funziona il diritto positivo, la giurisprudenza che con moto assiduo spinge il principio giuridico sino alle sue ultime e più estese manifestazioni ed è uno dei fattori più operosi d'incremento sociale, è opera principalmente della Corte di Cassazione. Ognuno però comprende che il nostro povero commento a questo Titolo ha un confine assai ristretto; fedele alla parola e alla ragion della legge, esso non deve far altro che mettere in rilievo i primarii attributi di questa grande magistratura, e rendere più agevole la percezione del rito di cui si circonda; e chi ci ha fatto l'onore di seguirci, vedrà eziandio che in gran parte il nostro còmpito è fatto. Saremo relativamente brevi, ed anche, bisogna confessarlo, molto volgari, non potendo scostarci dai responsi stessi della Cassazione, che agli uomini pratici sono notissimi.

Della gran lite non ancora del tutto spenta, se migliore e più consono ai tempi, al genio e alle condizioni dei popoli italiani sia l'istituto della Cassazione o della terza istanza, noi ci teniamo al tutto fuori; a noi non appartiene l'esaminarla, nè ci sarebbe permesso di farlo con quell'ampiezza che il subbietto richiede. Nondimeno, poichè la questione è rammentata, faremo alcune brevissime considerazioni. Noi temiamo, e ben a ragione, la fallibilità degli umani giu-

(*) Il § 789 del Regolamento romano 10 novembre 1834 esprimeva un concetto simile, dicendo: « Quando « una lite introdotta in primo grado *dipende dallo stesso* « *titolo che ha servito di base ad altra lite fra le parti* « *medesime* davanti un tribunale superiore in grado di « appello sospensivo, il reo potrà proporre la eccezione « dilatoria », ecc.

(**) Nel corso del commento queste proposizioni saranno chiarite.

dizi. Qual cosa può meglio assicurarcene? Forse il criterio dell'autorità che è la base del sistema della terza istanza? Due che dicono *no*, valgono più di uno che dice *sì*. Ecco tutto. È questo per certo uno dei dati della esperienza; ma lo spirito di critica che oggi prevale, ricerca un fondamento più solido. Si vuole un criterio razionale. Nessuno garantisce che il secondo dica meglio del primo, e il terzo del secondo, e moltiplicando i numeri non si vada al peggio. Nel concetto razionale noi diciamo, e pare con verità, che l'esame reiterato anche del medesimo fatto, e specialmente se a nuovi lumi si faccia luogo, a nuovi mezzi, a nuovi sviluppi, è guarentigia di più profondo e perfetto giudizio. Tutto il di più sarebbe ultroneo, e là comincia il disordine del troppo senza sicurezza del meglio. Inviolabile è la cosa giudicata, ma ad una condizione: che sia conforme ai principii e alle regole del diritto. Onde sorge più elevata, più generale la questione del diritto che non appartiene propriamente *al* quid decisum *e alla cosa giudicata*, ma *alla condizione della sua vitalità ed esistenza giuridica*. Ciò è tanto essenziale che neppure i propugnatori della terza istanza credono poter far senza di una magistratura suprema destinata a correggere le violazioni del diritto. Con ciò la Corte suprema compie insieme il duplice ufficio di effettuare la giustizia privata che non può farsi che mediante il diritto, e di proclamare il diritto per le sue efficienze generali con quella uniformità e moderato progresso che si sviluppa dall'applicazione ordinata, successiva e continua del pensiero legislativo nei multiformi aspetti sotto cui si presenta, laddove la idea giuridica trabalzando da tribunale a tribunale, pigliando forme quasi proprie di ogni paese o d'ogni plaga di un vasto impero, toglierebbe alla giurisprudenza di potersi giammai erigere in scienza, e nello scisma delle interpretazioni la unità delle leggi sarebbe indarno (*).

Articolo 517.

La sentenza pronunziata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione:

1° Se le forme prescritte sotto pena di nullità sieno state ommesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente;

2° Se sia nulla a norma dell'articolo 361:

3° Se contenga violazione o falsa applicazione della legge;

4° Se abbia pronunziato su cosa non domandata;

5° Se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato;

6° Se abbia ommesso di pronunziare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'articolo 370, capoverso ultimo;

7° Se contenga disposizioni contraddittorie;

8° Se sia contraria ad altra sentenza precedente pronunziata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunziato sull'eccezione di cosa giudicata.

Non si può ricorrere per cassazione di sentenza contumaciale se non sia scaduto il termine per fare opposizione.

(*) Il mio concetto si riassume in questa formola. Il sistema della *terza istanza* è fondato *al principio d'autorità*: il sistema della Cassazione (ossia della Suprema Corte di giustizia, che così dovrebbe chiamarsi) è fondato nel *principio di razionalità* nell'esame e nella critica. La sufficienza dell'esame costituisce la cosa giudicata. La *condizione di legalità* è un giudizio necessariamente distinto. La regiudicata non sussiste che a questa condizione.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Generalmente si crede che l'istituto della Cassazione sia di origine molto antica, e il suo primo organamento risalga niente meno che all'ordinanza di Filippo di Valois del 1331. Vi è del vero in questa opinione; e la Legge del 27 novembre 1790, che costituì il *Tribunale di Cassazione*, a' cui fece seguito col nome di *Corte di Cassazione* la Legge del 22 glaciale, anno VIII, è l'ultimo anello di una lunga tradizione che occupa un gran tratto della storia giudiciaria di quel paese. Ciò è innegabile; nondimeno, se il toccare dello spirito dei passati templ e dei presenti giovi a penetrare più addentro nella ragion delle cose, io verrò osservando,

Che il carattere di una istituzione si desume principalmente dallo scopo per cui è creata: e sotto questo punto di vista l'antichità non ci fornisce archetipo o modello che sia stato da noi imitato. Il preconcetto generale e oggettivo di una istituzione, abbracciato in tutta la sua ampiezza, appartiene in gran parte all'epoca moderna. Io non guarderò adesso se e quanto influisse la ragione politica per determinare il potere reale a intromettersi nei giudizi, a' quali avrebbe dovuto rimanere estraneo. Io non considero il fatto che nell'aspetto più prossimo e diretto, di un regolamento di giustizia. La sovranità delle decisioni dei parlamenti restando intangibile in massima, parve tuttavia dovesse avere un limite *nell'errore; qui errat non consentit*, e non giudica. Nel primo momento il diritto d'ingerenza del governo si arrestò all'*errore di fatto;* tal era la *proposition d'erreur* che per la legge di Filippo di Valois doveva essere formulata e sufficientemente dimostrata, onde impetrare Lettere reali per le quali il parlamento era eccitato a rivedere la propria decisione. In questo, che si vuol chiamare primo momento storico, ben poco abbiamo che somigli al moderno concetto della Cassazione. Il secondo momento può assegnarsi all'epoca di Carlo VI, in cui, fra i torbidi delle fazioni, il governo guadagnò terreno, usurpò sulle attribuzioni giudiziarie, cominciarono le *evocazioni;* e si giunse sino allo scandalo sotto Francesco I (Dalloz, Cassazione, in principio). Si tornò più tardi alla *proposition d'erreur*, quasi per restituire, se così può dirsi dei fatti di quella età, l'equilibrio dei poteri; la revisione di diritto non fu più reclamata per allora dal governo, nel che sono notevoli le ordinanze del 1539 e del 1545, terzo momento. La *proposition d'erreur*, come si vede, tiene assai più al giudizio di revocazione a ritrattazione, che a quello di cassazione. Vengono poi in questo senso l'Ordinanza di Blois e l'Editto 15 gennaio 1597, che si crede contenesse in sè i germi della futura Cassazione. Fatto è che l'Ordinanza del 1667, che può costituire il quarto momento, abrogò come ignobili ed offensive le *propositions d'erreur* statuendo la *requête civile*. L'azione del governo, esercitata nel puro nome del re, si fissò ancora e rimase nella questione di diritto; le sentenze dei parlamenti erano cassate per violazione di legge; eravi nel Consiglio reale una sezione dedicata agli affari contenziosi sotto il nome conosciuto di *Conseil privé* o *des parties;* nota è pure la raccolta dei relativi regolamenti fatta dal Daguessau (1738). Questo è l'ultimo stadio, che si attacca ai tempi moderni.

La Cassazione pertanto non esisteva come istituzione; non esisteva come attributo del potere giudiziario; era un ramo dell'amministrazione, un esercizio diretto della giustizia reale. Non aveva perciò e non poteva avere un carattere di generalità; non costituiva una parte del diritto pubblico dello Stato, e sopratutto non intendeva ad opera di giurisprudenza, alla unità ed uniformità delle interpretazioni legislative.

2. *Del soggetto della Cassazione.*

La nostra legge assume con molta precisione che le sentenze impugnabili con questo mezzo sono quelle pronunciate in *grado d'appello*. Con ciò è spiegato chiaramente che le sentenze *appellabili e non appellate* non si sottopongono alla Cassazione. È inutile quindi il venire specificando che le ordinanze d'istruttoria o le sentenze, che nulla ci vieta di chiamare preparatorie, non sono capaci di ricorso in Cassazione, mentre non sono appellabili. Lo stesso dovrà dirsi delle sentenze dei conciliatori, in quanto siano inappellabili, e di ogni altra non suscettibile d'appello. Qui bisogna ben riflettere alla lettera della legge, e come pensatamente abbia cangiata la sua precedente espressione. Diceva il Codice del 59 nell'art. 586: *Le sentenze pronunciate in ultima istanza...* e per vero una sentenza inappellabile è pronunciata in ultima istanza, *en dernier ressort*. Si è sostituito le *sentenze pronunciate in grado d'appello*. Che mai si potrebbe dire in contrario? La legge non ha trovato utile di affaticare le parti o la Corte suprema in affari tanto semplici e spediti quali sono quelli ove non è dato l'appello. Dubitando che le decj-

sioni arbitrali non si reputassero sentenze giudiziarie a rigor di parola, la legge, con un pleonasmo di cui niuno vorrà farle rimprovero, ha detto nell'art. 31 che *contro le sentenze degli arbitri* PRONUNZIATE IN APPELLO *è ammesso il ricorso in Cassazione;* e da questo la regola generale è confermata. È dunque necessario *alla lettera* che la sentenza sia pronunziata in grado d'appello.

Dovrà pure conciliarsi con questo principio il disposto del periodo ultimo dell'art. 517.

Ivi è stabilito che *una sentenza contumaciale* non può portarsi in cassazione se non *trascorso il termine per fare opposizione.* Pura questione di tempo, come si vede; ed è tale disposto che assolve il contumace dall'obbligo di fare opposizione. Pare adunque che la legge non richieda, almeno in un modo assoluto, l'esaurimento dei mezzi ordinarii prima di ricorrere in cassazione; ma che la vera e sola condizione sia una pronuncia di secondo grado. E deve bene l'ultima parte dell'articolo esser messa in armonia col suo principio, e concludersi che *in essa si parla di quelle sentenze contumaciali che si proferiscono in secondo grado.*

Una ulteriore conferma ci porge l'art. 509, capoverso 1°.

Nelle cause di rivocazione il ricorso in cassazione *non è ammesso se non sia stato pronunciato in seconda istanza;* si concede invece l'appello, ed è chiaro che, trascurato questo rimedio, la speranza della cassazione è perduta. Tal è il sistema.

Sul numero 1°.

Sono le *forme degli atti di procedura.* Qui bisogna richiamarsi un momento all'art. 190. Ivi si vede che ogni nullità è sanabile; che ogni nullità è sanata col silenzio (art. 191). Noi però supponiamo che fosse proposta e sia stata erroneamente respinta. In tal caso il *vizio è nella sentenza;* perciò questo primo numero poteva esser lasciato fuori, essendo sufficiente a comprendere ogni violazione di legge il numero terzo.

Non è una distinzione nuova quella che noi facciamo fra *le nullità delle parti* e *le nullità del giudice.* Nel sistema francese le nullità commesse dalle parti e non sanate appartengono alla *requête civile.* L'art. 480, n° 2, è concepito in modo che si dubitò non potessero cadere in questo mezzo anche le nullità derivanti dal fatto del giudice; e fu d'uopo venisse a chiarirlo una legge che fu quella del 20 aprile 1810, art. 7. Un simile enunciato, messo come a cavallo delle due istituzioni, era là per far nascere seriamente il dubbio se per questo capo *delle forme prescritte sotto pena di nullità* convenissero ad un tempo i due mezzi, quello della revoca e quello della cassazione. La Corte suprema parlò l'oracolo suo nella celebre decisione del 10 luglio 1809 (anteriore come si vede alla suindicata legge), e così distinse. Se i giudici non avessero statuito sulla nullità, poteva aver luogo la *requête civile;* se, per contro, ne avessero conosciuto con una risoluzione qualunque, non si poteva che ricorrere in cassazione. Distinzione che corresse molto saggiamente il bisticcio della legge.

Nell'insieme la materia della revoca e della cassazione ci fu consegnata assai confusa dalla legislazione francese: vi erano mezzi di un ordine che visto sotto un diverso aspetto trapassavano nell'altro: non pochi mezzi di revoca potevano considerarsi prette *violazioni di legge.* È della natura del mezzo di cassazione essere *successivo* a quello della revoca non solo, ma di essere eziandio *comprensivo,* mentre, come avremo occasione di vedere, lo stesso subbietto è sempre atto ad essere riveduto dalla Corte suprema che trae a sè, come a centro, tutte quante le quistioni giuridiche. Pare però che un certo tremore di errare occupasse i pratici in quel miscuglio di leggi e mala distribuzione di termini, per cui uno dei più eminenti diceva: «Ainsi le plaideur... pourra « se pourvoir *successivement* et par requête ci- « vile et par recours en cassation; il sera « même forcé de le faire *concurremment* dans « certains cas, pour éviter des déchéances, à « raison de l'expiration des délais». Di codesto ricorrere o simultaneo o successivo diremo qualche parola all'art. 518.

Sul numero 2°.

1. La capacità del n° 3 può contenere anche il presente. Nulladimeno se giova a chiarezza, se mai si potesse stare esitanti sul dominio della Cassazione intorno le nullità dell'articolo 361, non ci dispiace che la legge abbia voluto dircelo espressamente.

Credo di aver detto quanto basta commentando con una certa larghezza l'art. 361. *Aggiungerò qualche cosa sul n° 3 di quest'articolo.*

L'art. 480, n° 8 della procedura francese, pone fra i mezzi della *requête civile* la esclusione del pubblico Ministero nelle cause in cui dev'essere sentito. L'art. 557, n° 10, dell'ultimo Codice disponeva egualmente. C'è da scommettere che il redattore si tenne dispensato da ogni esame critico, e dallo studio della storia che aveva innanzi.

Digitized by Google

Due cardini sostengono l'istituto della rivocazione: 1° *Che si tratti di fatti delle parti e non del giudice;* 2° *che non si tratti di nullità radicale.* Nella idea chiara della rivocazione la sentenza revocabile è quella che mancò al retto intendimento della questione per una causa che o non si può imputare al giudice perchè estrinseca (art. 494, n° 1, 2, 3) o perchè fu ad ogni modo inavvertita, involontaria, ed egli stesso fu vittima dell'errore. È allora che gli si dice: voi non avete colpa; da bravo, rifate la vostra sentenza. La sentenza revocabile *non è una sentenza nulla*, *è una sentenza ingiusta*, d'ingiustizia innocente, come direbbe un ottimo scrittore bolognese (*). Può dirsi, ma solo impropriamente, che il giudice, revocando, annulla la propria sentenza. La non udizione del pubblico Ministero nei casi necessarii può imputarsi anche al giudice che doveva ordinarne l'intervento, e d'altro lato è nullità radicale.

Il legislatore è il meno libero di ogni uomo; egli è legato dalla natura delle cose; la intelligenza di codeste relazioni deve guidarlo; se no, egli solleverà ostacoli da ogni parte; la sua legge subirà, suo malgrado, delle riforme dalla ragione che è più forte di lui. La dottrina chiedeva severamente al legislatore, se non fosse nell'interesse dell'ordine l'intervento del pubblico Ministero; e come se ne farebbe una querela di parte in un giudizio di revoca?

Una doppia censura adunque si dirigeva contro la legge che *faceva caso di revoca anzichè di cassazione* la non interpellazione del pubblico Ministero nelle cause designate; l'una perchè il fallo doveva ritenersi del magistrato piuttosto che della parte; l'altro, perchè la omissione offendeva un interesse generale.

La giurisprudenza fissò sul primo punto il suo partito con una di quelle decisioni che valgono una teoria: « Considérant que cette « violation des formes, *comme toutes celles qui « proviennent du fait des juges, qui se rattachent à leurs décisions et les vicient essentiellement* peut être réformée par le voie de « la cassation; à la différence de ces vices de « forme ou nullités de procédure provenant « du fait des parties qui d'après l'art. 480 « procédure civile donnent lieu à la requête « civile » (Cassazione, 19 dicembre 1831, *Journal Av.*, t. XLII, pag. 161). Sull'altro punto che cioè l'omissione dell'intervento ministeriale offendesse in alcuni casi l'interesse generale, era sentimento comune dei giureconsulti, ma le dubbiezze si presentavano sempre nell'atto pratico.

Ora può apprezzarsi la importanza della odierna riforma. La Cassazione ha ripreso il suo legittimo dominio. Si è già notato altrove (all'art. 361, ANNOTAZIONE 3ª) che il fatto della non udizione del pubblico Ministero, *e non la semplice mancanza della menzione*, produce la nullità, abilita il ricorso in cassazione. È stata saggiamente mantenuta la distinzione fra *nullità assoluta e relativa.* La questione pertanto è fra l'avere o il non avere diritto di ricorrere, non mai se debba o no istituirsi un giudizio di revoca.

2. *Della nullità assoluta e relativa.*

a) Il criterio discretivo è semplicemente questo: *se l'intervento del pubblico Ministero abbia per fine di tutelare una persona* o *piuttosto un principio*, e dall'analisi dell'art. 346 nasce la separazione degli oggetti. I numeri 1, 2, 3, 4, 5, 8 non enunciano che interessi individuali. Certamente il n° 6 contiene un interesse d'*ordine generale*, che si può anche chiamare d'*ordine pubblico* (**). Tal è la materia della competenza per materia o valore e i conflitti di giurisdizione. Vi si accosta l'articolo 7 *sulle ricusazioni*, benchè in grado molto minore, riconcentrandosi più che altro nell'interesse privato che può ad arbitrio o non ricusare o accettare il giudice ricusato.

b) È proprio della *nullità relativa:* 1° la facoltà di rinunciarvi o di sanarla; 2° di non potersi allegare se non da colui a cui favore è statuita.

Qui per altro bisogna fare attenzione. Noi vediamo spesso in procedura questo fenomeno, dei potersi abbandonare o rinunciare *ex post* delle facoltà che non si potrebbero anticipatamente rinunciare; e siamo a questo punto. Niuna delle persone contemplate in quella specie di privilegio dell'art. 346 (che non contenta tutte le opinioni) può rinunciare al beneficio della consultazione ministeriale; ma consumata la causa, può acquietarsi alla sentenza non usando il ricorso; o appellando o ricorrendo può valersi di altre eccezioni e questa abbandonare. Non sono estranee al sog-

(*) SETTI, *Le ingiustizie innocenti.* Un caro libricciuolo che ebbe ragione di essere nel tempo in cui fu scritto.

(**) *Ordine generale* direi quello che interessa la massa, l'insieme dei diritti dei cittadini; *ordine pubblico*, quello che è guarentigia dello stato sociale, e una delle condizioni della sua esistenza. L'*interesse generale* può quindi considerarsi non come lo *stesso ordine pubblico*, ma quale una delle principali sue forze, congiungendo come i cittadini in una solidarietà d'interessi. Il linguaggio comune li confonde; e non può dirsi improprietà quando arriviamo a intenderci perfettamente.

getto alcune considerazioni su questo fenomeno.

È manifesto che se i privati potessero in tempo anteriore convenire in un determinato modo di procedere, rinunciando all'ordine legale in quanto sia divisato a loro vantaggio, mancherebbe l'impero della legge, il sistema statuito per la migliore realizzazione della giustizia sarebbe inutilmente scritto: l'anarchia surrogherebbe l'ordine. Un tale preconcetto, una tale preconvenzione sarebbe la *negazione diretta e formale* dell'ordine giuridico, una specie direi quasi di ribellione del tutto intollerabile. Vietato il *far contro*, il *non fare* non può essere trattato collo stesso rigore. Cessa il dominio della legge nel *fatto negativo;* chi non fa, non nega verun principio giuridico: può nuocere ai proprii interessi, ma ciò è nel diritto di ognuno: se la legge mi obbligasse ad appellare o dare una eccezione piuttosto che un'altra, non si porgerebbe più come tutrice dell'ordine, ma farebbe violenza alla mia libertà.*

c) Vi hanno però certe combinazioni che si direbbero *di natura mista*, nelle quali s'intromette lo Stato legislatore perchè trova alcuni elementi d'ordine che voglion essere coltivati e difesi, alcuni interessi preziosi che voglion essere tutelati, senza discapito per altro della verità. Non è al privato patrocinio che si aggiunge il pubblico Ministero: questo dire sarebbe improprio; esso veglia affinchè i diritti dei minori, dei poveri legatarii, degli assenti per causa pubblica, ecc., non siano lesi; soccorre co' suoi lumi, giova colla sua eloquenza, ma può anche scostarsi o dissentire dalla difesa. Così per essere ausiliaria la sua funzione, non cessa di essere autonoma. Intanto il patrocinio della parte procede nella sua indipendenza; spiega i suoi mezzi secondo il proprio disegno; e per conseguente si pregiudica, abbandona una eccezione, decade da una facoltà, *ricopre e sana una nullità relativa*, senza che il pubblico Ministero possa impedirlo; egli emette la sua consultazione nello stato in cui si trova la causa, e nulla più.

Ne segue che il pubblico Ministero non appella e non ricorre (eccetto che nell'interesse della legge, come diremo all'art. 519). Del rimanente alla legge basta di averc così cooperato alla rettitudine dei giudizi; ma non trattandosi d'ordine pubblico *primario* ed *essenziale*, non permette che le regole comuni della facoltà giuridica, basate nell'interesse, soffrano eccezione in questo caso. Laonde non può gravarsi e ricorrere in cassazione se non quella parte *nel cui interesse non era stata prescritta la interpellazione ministeriale*, perchè, quantunque non fosse certo che l'avviso del pubblico Ministero sarebbe stato favorevole alla parte privilegiata, il dubbio è ritenuto ragion sufficiente quando è prodotto da una violazione di legge.

d) *Ma se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia*, è nullità assoluta, nullità che qualunque delle parti può opporre, ancorchè per avventura mancasse d'interesse personale per far annullare quella sentenza; questo interesse personale, che è condizione di ogni altro ricorso, nel presente caso non viene in considerazione; esso si confonde, a così dire, in un interesse d'ordine superiore. Talchè presentandosi la eccezione, il pubblico Ministero della Cassazione se ne impadronisce, la fa propria, e il Magistrato supremo pronuncia la nullità, vindice di un diritto, spento il quale il regno delle giurisdizioni è interamente sconvolto.

e) Non dobbiamo passarci della difficoltà che può incontrarsi nel caratterizzare quali privati alcuni subbietti dell'articolo 346.

Uno è quello del n° 4, *Il matrimonio e la personale separazione dei coniugi*. La giurisprudenza francese vi ha intraveduto un interesse generale (Morin, Corte di Rennes, sentenza 15 aprile 1811). Io penso che per falsi principii proclamati da qualche regiudicata su questa materia sarà autorizzato il ricorso *nell'interesse della legge*, ma non posso ammettere che sia facoltà della parte che non abbia interesse, di ricorrere in cassazione. Vi è dunque una *scala d'interessi:* ponderiamoli bene. Nel caso premesso *l'interesse pubblico è del tutto assorbente;* ivi si tratta della costituzione essenziale dell'ordine giudiziario; qui un elemento d'interesse pubblico esiste, ma non è così decisivo che possa permettersi alla parte privata di presentarsi in cassazione senza un principio d'interesse personale.

L'altro caso è la *ricusazione* (n° 7 dell'articolo 346), della quale si è discorso anche altrove. Essendo un diritto di eccezione tutto speciale alla condizione di litigante, e la questione cadendo generalmente nel fatto, meno che mai colui che ottenne il proprio intento o nel ritenere, o nell'espellere il giudice, potrà ricorrere in cassazione.

Se non che talvolta lo stesso pubblico Ministero è parte principale o per ragione d'ufficio, o per debito di rappresentanza in una speciale condizione di cose; e allora si entra in altro campo d'idee, appunto perchè opera come parte, e, sempre ritenuta l'altezza dell'ufficio e dello scopo, è rivestito di un proprio interesse. Non sentito *in materia di falso in-*

Digitized by Google

cidente civile, ricorre in cassazione per la prima ragione; pari facoltà avrebbe per la seconda nelle cause degli assenti (n° 8 dell'art. 346), se fosse concepibile che la causa sia stata trattata senza di lui.

Sul numero 3°.

1. *Violazione di legge* è la negazione del suo precetto sostanziale (*); *falsa applicazione* è la sconvenienza di rapporto che passa fra la legge e il fatto. « Havvi falsa applicazione di legge » (diceva l'articolo 587 del Codice del 1859) « quando una disposizione generale fu applicata a caso sottratto per legge al dominio di « quella disposizione, o quando una disposizione eccezionale fu applicata a casi a cui « non si estende. » La *violazione di legge* può essere anche negativa; viola la legge chi omette di notificare atti la cui notifica è prescritta a pena di nullità; la *falsa applicazione* è sempre positiva; è un vero scambio che sposta il diritto e lo colloca sopra una base arbitraria.

2. *Della violazione del diritto nella inversione del fatto* (**).

Non c'è stata alcuna legge che abbia detto ai giudici di cassazione: occupatevi del fatto. Invece si è sempre detto ch'essi non si occupano del merito della controversia. L'esame del fatto e l'esame del merito della controversia sono due cose diverse, come mostreremo in breve. Intanto si riconosca che la formola *violazione di legge*, che comprende ogni offesa del diritto sostanziale, *non esclude veruna delle cause onde la nullità può originarsi*; ed è manifesto che la legge si viola in due modi, o facendo contro il suo precetto considerato in se stesso, o con apparente osservanza della legge alterando il fondamento del fatto: *ex facto oritur jus*. Ciò che massimamente importa, ciò che fa della istituzione una verità reale e non un'astrazione, si è che le leggi applicate rispondano al fatto, e siano quelle che nel concreto denno applicarsi. I principii e le regole che riguardano la vendita sono bene applicate? Sì, se trattasi di vendita, no, se trattasi di un contratto d'altra natura. In astratto la buona o mala applicazione della legge è sempre una questione ipotetica.

In varii aspetti si presenta l'esame del diritto alla Corte suprema: 1° *la nozione del principio di diritto*. Il retto intendimento della legge, la sua estensione, il suo limite: quello che è in se stessa; 2° *i caratteri giuridici degli atti, convenzioni e transazioni*, quando i fatti sono concordati, e non si tratti che definire l'ente giuridico che ne risulta, e determinare le sue relazioni colle norme di diritto; 3° *il fatto stesso in quanto il giudice del merito sia accusato di averlo completamente invertito e sconvolto*, dicendo che è bianco quello che è nero, e di avere sopra tale inversione o falso supposto fondato il suo giudizio di diritto che *può essere benissimo in rapporto col fatto qual è supposto*, ma che, rovesciata la base, riesce necessariamente un giudizio falso, assurdo, insostenibile.

Da lungo tempo la nostra Corte suprema si adopera di porre fra se stessa e le Corti di merito una barriera onde l'emisfero del fatto rimanga sempre diviso da quello del diritto, avvegnachè all'oggetto del diritto sia tante volte necessario rivedere i suoi rapporti col fatto. Procedendo, noi entriamo in una materia poco teorizzata e sottile di natura sua, sebbene le distinzioni a cui si appoggia abbiano tutta la solidità che si richiede, e siano consacrate da una sequela di decisioni dettate da uomini che hanno di lunga mano approfondito questo soggetto.

La Cassazione è tutt'altro che una istituzione astratta, più utile alla scienza che alla giustizia, come da molti si accusa. La giustizia effettiva e reale è il suo fine prossimo; mentre meno prossimo e generale è quello di dare alle manifestazioni giuridiche unità e grado di scienza. Egli è appunto da codesta necessità di dover attingere dal fatto stesso le inferenze giuridiche onde valutarle nel loro concreto, che i poteri si avvicinano in guisa che sem-

(*) A differenza del precetto *direttivo* o *morale*, che non ha sanzione di nullità. Non è inutile però: fondato nella coscienza del dovere, ottiene, almeno in gran parte, i suoi effetti fra gli uomini civili: che sarebbe senza questa fiducia di quelle decisioni sovrane che non subiscono revisione?

(**) La negazione di *una verità materiale*, di cui si lordano quei ministri della verità, che sono i giudici, non enunciata dalla legge che non la suppone, ha avuto bisogno di esprimersi con un verbo pratico, coniato dalla giurisprudenza; e nelle provincie meridionali si chiamò *snaturamento* o *denaturamento*; nella Toscana (meglio parlante), *falso supposto*; nel paese subalpino, *travisamento*. L'energia e la vivacità quasi pittoresca non mancano al primo e al terzo vocabolo; ma suonano barbaramente; e quel corpo di leggi che credesse di voler essere italiano anche nella forma del dire, molto più un libro di scienza, stenterebbe ad accoglierli: *falso supposto* non dice tutto quello che vorrebbe. Il *falso supposto* conviene benissimo, anche al ragionamento che fosse per falso principio: più, è voce che non esprime abbastanza la operazione sovvertitrice del giudice; e quindi ha un'applicazione insieme un po' troppo remota e un po' troppo vaga.

Inversione del fatto sarebbe la locuzione che io proporrei. Sebbene meno energica, significa bene il concetto; è di pura origine: — Altra com'arco, il volto ai piedi *inverte* (DANTE). — È il vero *capovolgere*.

hrano in pericolo di confondersi, ossia che il sovrastante pesi sull'altro e quasi minacci di invaderlo, ossia che concedendo troppo alla giurisdizione di fondo, questa non usurpi sulle prerogative della Corte suprema, rendendola impotente a rettificare il diritto. Quindi da un lato si è detto: al giudice di merito *la interpretazione del fatto* nella più larga sfera possibile: al giudice supremo la cognizione del fatto non mai *come proprio scopo*, ma bensì in quanto il fatto stesso è istrumento essenziale alla definizione del diritto. Noi possiamo così spiegarci. *La verità giuridica del fatto* appartiene al magistrato di merito, *la verità materiale* al magistrato di cassazione. Il primo dice che la volontà delle parti, la volontà del testatore è in un dato modo: proferisce una *verità giuridica: verità*, perchè non è sindacabile; *giuridica*, perchè ha base e conseguenze giuridiche. Tutto ciò che è dubbio, disputabile, possibile, ancorchè più o meno ragionevole, è del giudice del merito. *Verità materiale* è quella del fatto intuitivo, evidente, la cui intelligenza è semplicemente nel buon senso, nel senso comune degli uomini, in cui non è arbitrio possibile. La Corte di cassazione reclama a sè con tutta ragione questo giudizio degli occhi e del buon senso; e proclama coi filosofi che *il criterio di evidenza è supremo* ed inviolabile come principio e forma di ogni vero assiomatico. La Corte suprema deve bensì essere richiamata a questo esame dal ricorso, ma, come si è detto di sopra, è talmente nelle sue attribuzioni, che senza di esso la sua potenza di regolare il diritto sarebbe illusoria, e potrebbe ognora farsene giuoco.

In altre parole, la Corte di cassazione ha sempre d'uopo di istituire un rapporto *fra il diritto pronunciato* o *applicato dalla sentenza denunciata*, e il diritto esistente. Ma istituisce altresì *un rapporto di fatto* fra quello che si assume dalla sentenza e quello che è, allora che si pretende avvenuta una inversione positiva ed evidente dello stato di fatto. È questo che sogliamo chiamare *travisamento* (*).

3. Gioverà spiegare alquanto più quello che si è detto sulla definizione dei caratteri giuridici di un atto, di un contratto, ecc., e ripetiamo che la questione deve considerarsi di diritto e di competenza della Corte suprema. Ma bisogna discernere la decisione di volontà e di fatto da quella di diritto. *Si è voluto* fare una compra-vendita, ossia esiste una compra-vendita *in quanto le parti hanno avuto in animo di fare un tale contratto?* Ecco una questione di fatto che può ben essere unica. Se la risposta è negativa, se non si è voluto fare nè quello nè altro contratto, la obbligazione non esiste: tutto è finito. Se sotto l'apparenza di una compra-vendita *si è voluto* fare una donazione, anche questa è questione di fatto. Ma se la risultanza per cui si afferma che un contratto deve ritenersi piuttosto di vendita che di donazione, non si fonda sulla volontà delle parti in quanto abbia potuto produrre quell'effetto, *ma conviene ricorrere ai precetti della ragione giuridica per determinarne il carattere*, è allora che la questione assume abito di diritto, e non si tratta più, come dicesi, di apprezzamento. Il prezzo non fu stabilito fra i contraenti, ma fu rimesso in arbitrio di un terzo: è questa una compra-vendita? Avendo i contraenti statuito questo e quel patto, qual è mai la risultanza di tali convenzioni? Una locazione, niente più che una locazione, e non un diverso contratto? Ecco altrettante questioni di diritto (**).

Sul numero 4°.

Si è notato che questa e qualche altra pianta simile è stata felicemente trasportata dal terreno della revoca in quello della cassazione.

1. Nel numero 4° si presuppone *la totale mancanza della domanda*; nel numero 5° *l'eccesso*.

Vi è mancanza totale quando si è domandata una cosa e se ne dà un'altra. Io ho domandata *rem* con titolo di *vindicatio*, mi si attribuisce il prezzo. Nondimeno bisogna ben guardare se il risultato non sia una evoluzione logica della condizione in cui è entrato il processo in forza di eventi che si sono svolti indipendentemente dall'attore lungo il suo corso. Rammento di avere presentati degli sviluppi su questa materia, e specialmente all'art. 490. È vero che nel libello si è domandato il *corpus*, ma essendomi stato negato il diritto di rivendicarlo mentre non si negava il privilegio sul

(*) Fra le decisioni di principii possono annoverarsi quelle del 5 marzo 1856, (*Gazzetta dei Tribunali*, tom. 1, pag. 180; 4 aprile 1856, ivi, tom. 1, pag. 256; 23 aprile 1856, ivi, tom. 1, pag. 322; 22 maggio 1857, ivi, tom. 1, pag. 537; 2 gennaio 1857, ivi, tom. 1, pag. 9; 11 marzo 1857, ivi, tom. 1, pag 170; 2 maggio 1857, ivi, tom. 1, pag. 302; 23 giugno 1857, ivi, tom. 1, pag. 399; 16 luglio 1857, ivi, tom. 1, pag. 467; 13 dicembre 1860, BETTINI, part. 1, pag. 723, ed ivi altre decisioni, 1862, part 1, pag. 575. Merita principalmente di essere studiata la decisione del 27 febbraio 1862, redatta dal consigliere Pescatore (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 121).

(**) Cassazione, decisione 15 dicembre 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. 1, pag. 475; Cassazione, 25 maggio 1864, ivi, tom. 1, pag. 368, ecc.

prezzo, il giudice che trovò il prezzo disponibile porchè intanto il fondo era stato venduto all'asta, a sfogo di mia domanda, mi aggiudica il prezzo (*).

Colui che domandò il *corpus* e ricevo in risposta il *pretium, senz'aver domandata la conversione*, è fondato per domandare la cassazione in forza del n° 4° dell'art. 517. È chiaro che il giudice non poteva ciò dichiarare d'ufficio e quasi per moto dell'animo suo. Nel silenzio della parte attrice, a lui non appartiene il rilevare la nuova fase in cui è entrato il processo, e la trasformazione giuridica che ne consegue. Se non può dare il *corpus* richiesto, rigetta la domanda. Questo è il suo dovere.

E che sarebbe del convenuto che vede il giudice accordare il prezzo a colui che non poteva più aver la cosa, e che il prezzo non aveva punto domandato? Può invocare questo medesimo articolo? Io penso che sì. La nullità che ne discende *non è relativa se non in quanto colui che l'allega manchi d'interesse*; scoglio molto frequente dei ricorsi. Una volta che la domanda c'è, sia o no ammissibile, fuori o non fuori di termine, cessa la virtù di questa legge. Quando però non ci fu proprio domanda e trattasi *non di quantità ma di qualità* (**), può sostenere pregiudicato il suo diritto, poichè gli fu aggiudicato invece della cosa il prezzo (*quod minus est*); tanto più se ne lagna il convenuto, mentre non si doveva far altro che rigettar la domanda.

2. La difficoltà che sarà spesso per incontrarsi ell'è: se *la domanda che si dice omessa* non sia implicita e virtualmente compresa nel libello o nelle conclusioni; se sia un accessorio o una conseguenza; o la *res concessa* non sia che un surrogato della *res petita*, come presso a poco nella specie ora esaminata.

Il conseguente necessario è identico, composto si può dire della stessa sostanza, e allora vi è la domanda (ora poi vedremo quale possa essere); ma ciò che diverso è, sia pure quanto vuolsi accessorio, surrogato, o indennità, un *unum pro alio*, non mai il giudice n'è investito quasi per implicito nella domanda dell'attore; ma la richiesta, sia pure nel corso del giudizio, dev'essere espressamente fatta.

Gli interessi sono forse un accessorio della domanda del capitale? Della *petitio hereditatis* sono forse un accessorio e una conseguenza i frutti *a die mortis*, o almeno dal giorno della domanda giudiziale? Codesti diritti, sebbene accessorii in quanto, una volta chiesti, il loro titolo sia quello stesso in cui è fondata la domanda principale, codesti diritti non sono virtualmente contenuti nella istanza principale, neppure se si trattasse di frutti ed interessi futuri.

Altro è che un diritto sia accessorio di un altro, e da esso fluisca e consegua quasi *ex propria causa*, altro è che sia un gius *necessariamente* derivante dall'azione principale; e in questo solo stato può ammettersi il *contenuto implicito*. Se alcuno domanda in via possessoria la restituzione e reintegrazione, *ciò che è necessario a questo scopo*, la rimozione dell'ostacolo, la distruzione, la espulsione dell'occupatore, e via dicendo, sono cose comprese nella domanda. Non vi è alcuna *necessità* rapporto ai frutti ed interessi che potrebbero anco non esser dovuti, o vi si potrebbe rinunziare.

In eo quod plus est, minus inest: in ordine a *quantità* nessun dubbio: ma quando si muta *qualità*, allora sorge la questione. Una cosa per un'altra non può pagarsi (art. 1243 del Codice civile): ma ciò è nel diritto del creditore. Una cosa per altra può chiedersi però, anche in corso di causa, come dall'esempio più sopra addotto, se la cosa si è mutata durante il processo senza colpa del chiedente, e non può riceversi sotto quella forma; ma è sempre cosa diversa, e la domanda ci vuole.

Facciamo un esempio di *qualità*, astraendo dall'ora toccata ipotesi di un cangiamento avvenuto nella sostanza domandata senza colpa del petitore. Osserviamo se pure in questo, come in fatto di *quantità*, il raziocinio del *minus continetur* sia contingibile. Si è domandata *la restituzione del possesso di un immobile — per causa di spoglio*. Lo spoglio non si è potuto provare, ma fortunatamente l'attore si era provveduto di prove a stabilire il suo possesso legittimo. Il giudice potrebbe accordargli la *manutenzione*, quasi in possessorio semplice, senza incorrere nel vizio della *cosa non domandata?* Rispondo che lo può, malgrado il parere di qualche scrittore. Io trovo diversificare piuttosto i *motivi* che l'*oggetto* della domanda.

Sul numero 5°.

Potestas judicis ultra id quod in judicium

(*) « Non potest videri in judicium venisse *id quod* « *post litem contestatam accidit*. Ideoque nova inter« pellatione opus est » (Leg. non potest Dig. de judic.). Al qual testo aggiunge DONELLO: *Recte: ergo post litem contestatam, nova interpellatione agi potest* DE EO QUOD POSTEA ACCIDIT (lib. XXIII, cap. V). *V.* però al detto articolo 490, lettere *e*) *f*) *g*).

(**) In fatto di *quantità* non vi ha che l'*eccesso*.

deductum est, nequaquam potest excedere (Leg. 18 de com. divis.).

La rispondenza fra la sentenza e la domanda è di sommo rigore anche fra noi, mentre non solo è l'ordine, ma eziandio la libertà; esclude l'arbitrio del giudice e il dispotizzare nei giudizi.

Bisogna qui bene avvertire che la nullità per vizio della *non petitio* o dell'*ultra petita* non si ravvisa soltanto nella domanda principale ed oggettiva, ma si avvera in tutta quanta la serie delle domande secondarie non solo riguardanti la risoluzione del processo, come quelle d'incompetenza, ma ogni altra che spetti a materie incidentali, provvisionali, ed in ispecialità alle prove. Laonde non rimangono facoltative al giudice che quelle determinazioni le quali può emettere di proprio moto o *d'ufficio* per espresso placito della legge. Il testo romano lo disse nella sua luminosa brevità, *ultra id quod deductum est;* il che si riferisce non solamente al libello, ma eziandio alle singole domande che *per conclusioni*, o *comparse*, come diciamo adesso, si fanno nel corso del processo; ogni difetto è sostanziale, e genera la nullità della sentenza.

L'eccesso della decisione suppone *il difetto* della domanda, ossia un *quid minus* nella domanda stessa. In ciò, come ho avuto occasione di osservare più d'una volta, non mancando la domanda, e la differenza solendo cadere *in quantitate*, gli equivochi non sono frequenti. Quando si adopera, per dir così, la stessa materia, se il giudice non ce ne aggiunge di suo, non pecca di eccesso. Benchè possa essere redarguibile per altri motivi, *ordinando una distribuzione non tassativa alla domanda*, la forma distributiva però (assegnamenti rispettivi di dividendi) non può dirsi eccedere la stessa domanda. I modi, le condizioni, le comminatorie, le cauzioni, le guarentigie sono nel mandato del giudice per diritto comprese.

Pronunziare su cosa non domandata, concedere più di quello che si è domandato, si qualifica giustamente *eccesso di potere*, e non è altro che *una forma della incompetenza* (*).

Sul numero 6°.

Mi rimetto alle ANNOTAZIONI dell'art. 176, ove mi pare aver raccolto quanto può dirsi di interessante sulla materia.

Non posso però tacere che il testo non è abbastanza esatto per quanto abbia sembianza di esserlo. Dove si dice *sopra alcuno dei capi della domanda*, estendi *o sopra le eccezioni*, ecc. Se non si tien conto dell'eccezione, la sentenza è del pari annullabile in cassazione. Potrà esserlo per difetto di motivazione, potrà esserlo per omissione nella parte dispositiva. Due mezzi diversi, percorrenti lo stadio completo del raziocinio; *ragionare per giudicare:* questa è la formola: se hai ragionato come un Leibnitz, e hai dimenticato di concludere, che vale? Forse il nostro testo non parla di *eccezioni* perchè la sentenza ripete il suo appoggio dalla domanda; il che è verissimo quando si tratta di questioni di competenza per causa di valore; del resto anche le eccezioni, in moltissime contingenze che è inutile annoverare, si atteggiano a domande ed esigono una pronunzia.

Ma sull'intendimento della legge siamo tutti d'accordo. Ora fermiamoci un momento su quelle parole: *dedotti per conclusione speciale.*

Le domande emergono principalmente dalla citazione dell'attore, ma non riprodotte nella conclusione definitiva, si avrebbero per abbandonate.

Le *conclusioni* propriamente dette risultano dallo scritto (articoli 176, 400, 402). Ma le *risposte verbali* che si dànno alla udienza del pretore (articolo 415) hanno tutto il valore delle conclusioni; se precisano eccezioni, chiameremo anche queste *conclusioni speciali:* il nome poco importa, e, riportate come si deve al processo di udienza, legano il giudice, e lo costringono a risolverle.

Salvo la disposizione dell'articolo 370, *capoverso ultimo.* L'omissione di pronunciare sulle spese non dà luogo a ricorso in cassazione.

Sul numero 7°.

Contraddittorie sono le disposizioni inconciliabili. È la dottrina del buon senso e di tutti gli autori (Cassazione, 28 maggio 1863). La contraddizione dei motivi annulla la sentenza per altro mezzo; per quello generale del numero 2° di quest'articolo, combinato col nu-

(*) Il giudice che nei casi comuni (ne abbiamo già toccate le eccezioni, *accessi, giudizi pretoriali*, ecc.) ordina l'esame di testimoni non prodotti dalle parti, offende il n° 4 dell'articolo 517. *Pronunzia su ciò che non è domandato;* non può dirsi *avere aggiudicato di più.* Egli è vero che si è *domandato un esame di testimonii;* ma quelli non furono prodotti. In *subbietti singolari* le istanze si ritengono numericamente distinte come i subbietti medesimi. Dunque per il testimonio *A* e *B* non vi fu istanza. Facciamo insieme un'altra osservazione, poichè ci siamo. *Aggiudicare di più* è indulgere alla parte un vantaggio ultroneo ch'essa non ricercò. Aggiungere testimoni ad altri testimoni non equivale ad attribuire un vantaggio; non si è voluto favorire una parte meglio che l'altra; si è atteso l'animo in uno scopo di verità, benchè irregolarmente tentato.

mero 6° dell'articolo 360. La contraddizione diretta e patente nei motivi equivale alla non esistenza dei motivi. I motivi più schietti e meglio dedotti non preservano dalla nullità *disposizioni* contraddittorie. Talvolta la mala parata, il disordine e la confusione dei motivi aumentano la oscurità della decisione, rendono impossibili le disposizioni che potrebbero conciliarsi. L'influenza della parte razionale sulla decisoria può sfuggire alla teoria, ma la sentono e sanno apprezzarla gli uomini del tatto pratico.

Sul numero 8°.

Precedenti storici. — Il numero 7° contempla le *contraddizioni* della sentenza; contraddizioni che *cadono sul deciso*, e partoriscono un mostro intellettuale. Il numero 8° si occupa di contrarietà nascenti da placiti anteriori, e che, in quella data condizione di cose, avrebbero dovuto impedire la proclamazione di un diverso rapporto di diritto fra le stesse parti.

Risalendo la storia di questo paragrafo, troviamo che il Codice francese ne fece subbietto di *requête civile*, colla formola: « *S'il y a contrariété des jugements en dernier ressort*, « *entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, dans les mêmes Cours ou tribunaux* » (articolo 480, n° 6).

Ecco delle condizioni ben determinate e degli elementi d'identità ravvicinati e coartati con una solerzia che tiene allo scrupolo. I pratici francesi si fecero il problema, se alla *requête civile* fosse mestieri l'integrale loro concorso; ma il dubitarne sarebbe lo stesso, come ora vedremo, che ferire il sistema: « On « ne saurait, en lisant le texte de la loi, douter « que *toutes ces conditions doivent concourir* « *ensemble aujourd'hui*, comme elles le devaient « sous l'empire de l'ordonnance (CARRÉ, *Les lois de procédure*, all'articolo 480, n° 6).

Il BOITARD osserva che il caso ad avverarsi è di una difficoltà estrema; e avvisa come per contrario sia facile confondere questa posizione giuridica *colla propria e vera eccezione della cosa giudicata*. Fu pertanto istituito il *giudizio di revoca* soltanto pei casi in cui scoprendosi tutto ad un tratto, e quasi per lampo improvviso, che la causa stessa, *materialmente non idealmente la stessa*, era stata fra le stesse parti decisa, la religione dei giudici era stata sorpresa a giudicare il *bis in idem* contro ogni principio di ragion giudiziaria.

La cosa ha bisogno di qualche spiegazione per essere intesa. Non posso dispensarmene, quantunque la nuova legislazione abbia fortunatamente troncato questo nodo, separando una volta con mano risoluta l'attributo della cassazione da quello della *revoca*.

Perchè vi sia cosa giudicata, non è punto necessario che vi sia *identità di mezzi*, nè *identità di tribunali giudicanti*, e pronunciazioni *en dernier ressort*. I caratteri della cosa giudicata sono descritti nell'articolo 1351 del Codice civile, uno dei pochi articoli dogmatici. Non parleremo d'*identità di tribunali giudicanti*, che da ognuno s'intende; chi ha mai sostenuto che non è autorità di cosa giudicata se non si opponga sentenza a sentenza pronunciata dagli stessi giudici? Alquanto più nascosto è il conoscere se e come sia d'uopo *il concorso degli stessi mezzi*. Ma *la domanda fondata sulla medesima causa* (articolo 1331 suddetto) non significa *sugli stessi mezzi*, cioè *sugli stessi motivi e argomenti*, ma bensì *in virtù del medesimo diritto*, onde varie possono scaturire azioni senza alterarne la originaria efficienza, ossia senza cangiare la *causa petendi* (*). Dalle quali considerazioni si fa manifesto che *la eccezione della cosa giudicata è più ampia e più comprensiva*; come altresì più ragionevole, più logica, e in fine più vera. L'articolo 480 del Codice francese non faceva, ripeto, caso di revocazione la eccezione della cosa giudicata. No: questo è un sistema di difesa come un altro fondato nello svolgimento di un principio giuridico; per ottenere in revocazione era d'uopo colpire *colla evidenza del fatto materiale*, e così svelare l'inganno dei giudici; quello stesso ragionamento che è d'uopo assumere nello studio dei requisiti della cosa giudicata, mostra che i giudici hanno meditato sull'argomento. « C'est que, « de plus, *la requête civile* ne se donne en « général que par la supposition d'une sur- « prise pratiquée contre les juges, et que par « là même c'est une voie inapplicable, quand

(*) La *causa petendi* del legato è sempre la disposizione del testatore, o non muta o si ripeta il legato coll'azione *ex testamento* o colla ipotecaria o colla *rei vindicatio*; similmente o coll'*actio petitionis hæreditatis*, ovvero *familiæ erciscundæ*, si domandi la consuccessione, la causa del chiedere rimane identica. Non sono che diverse forme di esercizio del medesimo diritto. I motivi o i *mezzi*, secondo la espressione del testo francese, non sono che gli *stessi argomenti*, come io diceva; cosicchè se sostenendosi oggi che una somma di denaro a causa di mutuo ci è dovuta per una convenzione scritta; e domani, esclusa la scrittura, vuole appoggiarsi la domanda a una convenzione verbale, *i mezzi sarebbero diversi*: e questo basta perchè, secondo il sistema francese, non possa più farsi luogo alla *requête civile*, ma si debba ricorrere in Cassazione. Altra è la *causa petendi*, se, dopo avere agito *ex vendito*, agisco *ex donatione*; o *ex causa intestata*, dopo avere agito inutilmente *ex causa testata*,

« c'est sciemment et en connaissance de cause « que les juges ont décidé dans le sens qui « donne matière à réformation » (BOITARD, art. 480, n° 735). La violazione invece della cosa giudicata, ideologicamente tale, cadendo nel generale attributo di annullare le sentenze per violazione di legge, apparteneva alla Cassazione (MERLIN, *Répertoire*, v° *Chose jugée*, quest. du droit, § 11).

Il legislatore piemontese del 1854 dipartendosi coraggiosamente dal sistema francese (ci voleva sempre del coraggio per farlo), aveva inaugurato quel medesimo sistema che abbiamo poi abbracciato nel Codice italiano. Benchè ad una superficiale lettura, l'articolo 557 del Codice sardo del 1859 sembrasse una imitazione del francese, essa non lo fu che per la strana complicazione dei rimedii; del resto si ebbe un intendimento diverso. Si diede a giudicare al tribunale della revoca quella eccezione della cosa giudicata, *sulla quale non era stato pronunciato*, riportandosi alla cassazione quella sulla quale si era pronunziato.

2. Ora veniamo al nostro articolo. Si è creato a posta per la eccezione della cosa giudicata il numero 8° dell'art. 517. Perchè non si ritenne compresa questa violazione della legge nell'universale precetto del numero 3°? Era anche più semplice adoperare il linguaggio legale *della eccezione della cosa giudicata*, in luogo di una circonlocuzione rimasta imperfetta. Imperfetta, dico, perchè è stato omesso uno dei requisiti della eccezione, *che la domanda sia fondata nella medesima causa*, che non passerà senza obbiezioni nel caso pratico. Prescindendo dai quali difetti della redazione, il senso della clausola, *semprechè abbia pronunziato sulla eccezione della cosa giudicata*, risulta chiaro dal principio generalmente adottato dalla giurisprudenza della Corte suprema.

Che le eccezioni riguardanti il merito di una questione non si propongono in cassazione per la prima volta (*).

Onde si rileva che la eccezione della cosa giudicata non può pretendere nel presente sistema, come forse in passato, a quella specie di assolutezza che, coartando maggiormente la identità, permetteva persino *un giudizio di revoca*, quasichè fossero imputabili d'ignoranza e di errore quei giudici che non se n'erano occupati, mentre non era stata proposta. Tutto tende, a quanto parmi, a far rientrare nel diritto privato quelle opposizioni che per abuso si venivano propalando d'ordine pubblico.

È ben chiaro che si propongono per la prima volta in cassazione tutte quante le violazioni di diritto che risultano dalla sentenza o pur anco dal processo, allorchè queste ultime siano tali da annullarlo in virtù di un diritto generale ed assoluto, laddove è della più semplice giustizia che non si faccia rimprovero e non si dia carico alla sentenza di non aver giudicato in un modo, piuttostochè in un altro, questioni di fatto o di merito ad esse non proposte.

SEZIONE II.

Del ricorso per cassazione e del procedimento relativo.

Articolo 518.

Il ricorso per cassazione deve essere proposto nel termine di giorni novanta.

Per coloro che abitano fuori di Europa il termine è di giorni cento ottanta.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza a norma degli articoli 367, 396 e 437. Se si tratti di sentenza contumaciale, il termine decorre dalla scadenza di quello stabilito per fare opposizione.

(*) Le decisioni che consacrano questo principio sono continue. Accenniamone alcune. Cassazione, 19 novembre 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. 1, pag. 623; 3 dicembre 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, 1850, pag. 269; 17 novembre 1854, ivi, tom. 1, pag. 554; 11 marzo 1857, ivi, tom. 1, pag. 163; 13 marzo 1857, ivi, tom. 1, p. 310; 20 novembre 1857, ivi, tom. 1, pag. 533; 2 dicembre, 1857, ivi, tom. 1, pag. 551; 2 luglio 1858, ivi, tom. 1, pag. 337; 14 dicembre 1855, ivi, tom. 1, pag. 81; 16 febbraio 1855, ivi, tom. 1, pag. 95; 1861, ivi, tom. 1, p. 588. In tema di eccezione di cosa giudicata, 11 aprile 1853, tom. 1, pag. 276, ecc.

Annotazioni.

1. Le indicazioni dei diversi punti di movenza del termine sono esatte. Ricorderemo che quanto spetta alle *sentenze dei pretori* si hanno ad intender quelle che si proferiscono in *seconda istanza* (art. 83).

2. Di regola col nostro ricorso facciamo utile a noi stessi e non agli altri, *eccettochè non si tratti di causa individua*, a favore di quelli che sono nella nostra identica posizione di attori o di convenuti. E questi sono in facoltà di comparire o no in cassazione: la vittoria a ogni modo non potrà non tornare anche a loro profitto. Ne segue che, presentando ricorso *dopo il termine*, sono ascoltati (Cassazione, 20 aprile 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. I, pag. 275; 30 gennaio 1856, ivi, p. 109; 21 febbraio 1856, ivi, pag. 157).

Gli stessi principii tornano a presentarsi da sè, ricorrendo contingenze conformi: tanto è lontano che la procedura sia un sistema arbitrario. Ecco ancora il *principio d'identità*. Nella vita reale i principii sono fecondi e tendono ad espandersi nelle conseguenze. Fra le razze filosofanti, se mai siamo una di quelle, siamo la meno rigida. *Col ricorso si proteggono gl'interessi conseguenti*; per cui si ritiene potersi sostenere il ricorso *anche dei litisconsorti aventi un interesse dipendente dal nostro* (Cassazione, 10 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. I, pag. 101).

Poichè il discorso ci conduce in argomento che sotto l'aspetto pratico è veramente grave, può tornar utile rammentare una decisione che non dubitò di stabilire che un coerede legittimo può ricorrere in cassazione contro una sentenza che condannò altro coerede a perdere certi diritti che si suppongono appartenere al patrimonio comune; e così ricorrere tanto nel proprio interesse attuale che in quello del patrimonio *a profitto di tutti che vi avessero diritto* (Cassazione, 18 marzo 1856, ricorso Monteregale-Zucchi, *Gazzetta dei Tribunali*, t. I, pag. 227).

Ma c'è anche il pericolo d'andar troppo in là. Fortunatamente il nuovo sistema concede di assestare in qualche modo la teoria.

Il brusco ricorso di un terzo in cassazione, abbia pure un interesse diretto nella controversia decisa, poteva in certo modo accarezzarsi, se mi si fa buona la frase, quando mancava la *opposizione del terzo*; ora il ricorso prima della opposizione sarebbe assurdo. Può bene tralasciarsi questa via e promuoversi separate azioni o difendersi collo scudo del *res inter alios acta*, come si disse a suo luogo; ma volendosi attaccare la sentenza contro lui non pronunciata, il terzo dee far uso dei rimedii *più prossimi*; dopo di che, non saltuariamente, ma progressivamente, potrà ascendere in cassazione.

Desidero sia ben ritenuto questo ufficio, che direi graduale, della *opposizione del terzo*. Non si potrebbe permettere, e non so invero in virtù di qual legge, chi non fece le sue armi in giudizio di merito, poter salire di botto in cassazione. Altro è o che l'interesse abbia alimento e si conforti di diritti indiretti e correlativi, o che il ricorso vittorioso espanda la sua efficacia sopra altre persone, o finalmente che si possa aderire, anche fuori del termine ordinario, al ricorso altrui, ed altro è il potersi identificare in guisa col vinto, che, senza rappresentarlo quale erede o successore, possa il terzo in nome proprio portar ricorso in cassazione.

3. Quelli soltanto che *furono parte* nel giudizio definito, e sono rivestiti di *sufficiente interesse*, possono ricorrere.

È stato deciso che un garante condannato al rilievo può ricorrere contro la sentenza passata in giudicato fra creditore e debitore, sebbene la sentenza non sia stata a lui notificata (Cassazione, 5 aprile 1850, ricorso Gobbi-Bava, BETTINI, part. I, pag. 555).

Questo punto di giurisprudenza fu bene illustrato dall'orazione del pubblico Ministero in quella causa. Egli osservava « avere i ricorrenti fatto parte del primo giudizio; essere stati condannati; avere dunque interesse nella causa ed a ricorrere; al mallevadore, al garante esser comuni le difese fatte dall'altro obbligato, abbia o no quello figurato in giudizio; se questi fu assoluto, poter l'altro invocare la cosa giudicata: *si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum est, si postea tecum eo nomine agitur, excipiendum est de re judicata* (Leg. 21 § 4 de except. rei jud.). Viceversa, allorchè la sentenza è stata proferita contro il debitore principale, il creditore potere opporla al mallevadore, e domandare che sia esecutoria contro di lui; quindi, *ancorchè costui non sia stato parte del giudizio* (*), potrà appellarne, sebbene l'altra vi si acquieti: *a sententia inter alios dicta ap-*

(*) Nel sistema odierno si avrebbe diritto alla *opposizione del terzo*.

pellari non potest nisi ex justa causa; veluti si quis in cohæredum prejudicium se condemnari patitur... item fidejussores pro eo pro quo intervenerunt; igitur et venditoris fidejussor, emptore victo, appellabit, licet emptor vel venditor acquiescant. La Cassazione di Francia avere ammesso il ricorso del fidejussore, benchè il debitore fosse acqniescente (12 termidoro, anno XII), considerando che tntti i mezzi d'annullamento della sentenza denunciata, esistenti a favore di lui se avesse ricorso, dovevano profittare al mallevadore passibile della condanna, e ricorrente in proprio; che gl'inconvenienti che sono temibili da una sentenza eseguibile per l'uno e cassata per l'altro, non potevano arrestare il magistrato; in altro giudizio doversi discutere tali effetti... » (*).

4. *Del simultaneo giudizio di revoca e di cassazione.*

Il giudizio di cassazione è *successivo* a qnello di revoca; ma in qual senso? *In quanto la stessa sentenza di revoca*, essendo proferita in seconda istanza, sia tale da potersi denunciare alla Corte snprema. Ma niente osta che le istanze siano simultanee. Istituti indipendenti, ognuno opera nella propria sfera d'azione; nè ciò confonde, ma anzi discerne e divide le funzioni rispettive. Una sentenza proferita in secondo grado può essere stato l'*effetto della frode e del dolo*, secondo la convinzione del soccombente. Ma questa medesima sentenza può essere di altri vizi infetta, contestabile in cassazione, perchè violò leggi, s'immerse in contraddizioni, è resa vana dalla cosa giudicata. Rimedii separati, termini separati, varii, che non implicano fra loro (**). Ebbene, qnale sarà l'evento? Facilmente si scorge: la decisione che prima emanerà nell'uno o nell'altro gindizio, potrà influire o non influire, rendere o no inutile e risolvere l'altro giudizio ancora pendente, secondo i casi. Rigettato il ricorso in cassazione, il gindizio di revoca resta com'è, e prosegue il suo corso. Se la sentenza è cassata, il gindizio di revoca è assorto, si risolve. Se le domande di revoca sono respinte, la lite in cassazione continua. Se ottengono l'intento, non potendo una sola sentenza cadere che nna volta sola, si paralizza il ricorso. Chi perde in gindizio di revoca può interporre un altro ricorso contro quella sentenza. Potrebbe essere respinto il ricorso contro la sentenza prima, e vincer l'altro il partito; onde si ricomincia in rinvio il giudizio di revoca per tornar di nuovo, occorrendo, in cassazione. Dirò anche una volta; questo è il sistema! A me la *rivocazione* non fu mai cosa piacevole; ogni attributo che tiene ad annullare le regindicate io vorrei concentrare nella *Suprema Corte di giustizia* (futura).

Articolo 519.

Quando nel termine suddetto non sia stato presentato ricorso per cassazione, o vi sia stata rinunzia al ricorso presentato, il ministero pubblico presso la corte di cassazione può denunziare d'uffizio la sentenza, se creda che debba essere annullata nell'interesse della legge.

In questo caso le parti non possono giovarsi dell'annullamento della sentenza.

Annotazioni.

1. Le sorgenti di questa istituzione sono l'articolo 25 della Legge 27 novembre 1790; l'articolo 27 della Costituzione del 3 settembre 1791; l'articolo 88 della Legge 27 ventoso, anno VIII. Condizione assoluta all'esercizio di cotale facoltà *è il trascorso dei termini* a ricorrere. È sopratntto l'interesse delle parti che si cura mediante un ricorso in cassazione; il termine dev'essere passato perchè siffatta decisione, che è veramente e unicamente di principio, non influisca in danno o in vantaggio delle parti che hanno raccolte le vele innanzi alla cosa giudicata e cessato il litigio.

2. Per domandare la cassazione nell'*interesse della legge*, sono forse aperti tutti i mezzi dell'articolo 517?

Indubbiamente dne ordini d'idee informano i categorici pronnnciati dell'art. 517. Alcune delle cause irritanti ivi mentovate si rannodano a principii superiori, e sono generali; altre però tengono strettamente all'interesse privato, in certa guisa si confondono colla *specie;*

(*) Sino a un certo punto e gli interessi e i mezzi di difesa sono comuni al garante e al garantito contro il creditore; con ciò per altro non si confondono le posizioni rispettive. Non havvi implicanza contraddittoria se la sentenza sia annullata a favore del garante, contro il quale per conseguenza non potrà più estendere le sue azioni il creditore, nel tempo stesso che può colpire il debitore colla sentenza passata in cosa giudicata.

(**) Termini a proporre la revocazione, art. 497. Termini a proporre il ricorso in Cassazione, art. 518.

non hanno importanza fuorchè dal fatto; mancano di generalità. Tali sono il n° 4°, il 5°, il 6°, e altri ancora. Io proprio non credo che per tali motivi il pubblico Ministero potesse atteggiarsi a vendicatore dell'interesse pubblico offeso e pretendere a una missione sociale. Perciò è stato ritenuto con molto senno che non si domanda nell'*interesse della legge* la nullità di una sentenza per isconcio di motivazione (DALLOZ, Cassazione, n° 1003).

Cosa è mai *l'interesse della legge?* Si tratta *di conservare la ortodossia e purità del dogma giuridico* nella dottrina della Corte suprema. Ristorare il diritto onde non pera sotto la negazione di un giudizio autorevole; cancellare dagli annali della giurisprudenza la lezione dell'errore perchè non abbia discepoli. Questo è invero il culto dell'idea, una definizione scientifica e nulla più; non infinisce sui rapporti creati dalla sentenza su cui è messo il suggello della riprovazione. Mancando il ricorso delle parti lese, non cessa la sua efficacia giuridica, bensì la sua efficacia morale, la sua forza esemplare; ed è pure un alto e nobile fine (*).

Articolo 520.

Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge.

Annotazioni.

Quell'egregio, qualunque sia, che fu il redattore di questo articolo, saprebbe dirci quali *sono i casi eccettuati* nei quali *il ricorso sospende la esecuzione*, civilmente parlando? (**).

Articolo 521.

Il ricorso per cassazione deve essere preceduto dal deposito della somma di lire centocinquanta se la sentenza impugnata sia di corte di appello, di lire settantacinque se la sentenza sia di tribunale civile o di commercio, di lire venticinque se la sentenza sia di pretore.

Non è luogo a deposito:

1° Per i ricorsi nell'interesse dello Stato;

2° Per i ricorsi nell'interesse di persone ammesse al benefizio dei poveri per domandare la cassazione;

3° Negli altri casi eccettuati dalla legge.

Le disposizioni dell'articolo 500 sono applicabili ai depositi che si debbono fare per ricorrere in cassazione.

Annotazioni.

1. Questo articolo si collega coll'articolo 500, che nominatamente richiama.

Ad ogni ricorso, il deposito: regola però soggetta a più limitazioni.

1° *La pluralità delle sentenze pronunziate nello stesso giudizio.* Sono tali le sentenze pronunziate *in eodem subjecto* e successive. È nata sentenza interlocutoria o incidentale, indi la definitiva. Si può ricorrere da tutte con unico atto e un solo deposito. Sono tali anche le varie sentenze interlocutorie contro le quali si ricorre proferite prima della sentenza definitiva. Sono tali finalmente quelle sentenze che formano altrettanti capi distinti, ma che per l'effetto del deposito si considerano una sola quando si contengono nello stesso giudicato.

2° *Unità d'interessi nella pluralità dei ricorrenti.*

La espressione è stringente: *stesso interesse.*

(*) Le cose si spingevano molto più avanti nel sistema francese. È noto il diritto di denunciare le sentenze viziate di eccesso di potere che aveva il governo mediante il Ministero pubblico in forza dell'art. 80 della Legge 27 ventoso, anno VIII. Azione che si poteva esercitare anche pendente i termini del ricorso, non senza efficacia sui rapporti attuali dei litiganti.

(**) Il DALLOZ si diffonde in lamenti contro un principio sì assoluto, troppo assoluto: « Quoi qu'il en soit, « le principe suivant lequel *le pourvoi en cassation n'est « point suspensif à l'*EFFET LE PLUS ABSOLU » (v° *Cassation*, chap. IX). Senonchè qualche eccezione eravi a noi sconosciuta, pel caso di divorzio o in qualche quistione erariale per ispeciale regolamento del 19 luglio 1793.

Non è nuova: è quella usata dai Codici precedenti. La giurisprudenza ha già date le sue spiegazioni. Non si richiede una propria e assoluta *identità d'interessi*. Basta *la comunanza*, una ben pronunciata attinenza, degli interessi (Cassazione, 29 aprile 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1, 293, fra le altre sentenze). Talvolta decide la conformità dell'oggetto litigioso; benchè i mezzi di difesa non siano identici. Più conduttori citati a dimettere il fondo locato possono difendersi con argomenti dissimili, e sostenere risponsabilità impari e distinte (*), ma in relazione al fine della istanza avere *comunanza* d'interesse. Qualche altra volta i mezzi di difesa sono di maniera speciali e personali, che quantunque combattano d'accordo ad uno scopo, si reputano cause distinte all'effetto di distinti depositi, perchè *la sentenza potrebbe cadere per gli uni e restar ferma per gli altri*, che è forse il miglior criterio per giudicare sulla unione degli interessi (**). Si può non avere che un interesse del tutto secondario, o ausiliario semplicemente e famulativo; in tal caso ritenuto che, attaccandosi al ricorso principale (altro sarebbe ricorrendo separatamente), un sol deposito è sufficiente (Cassazione, 26 febbraio 1862, BETTINI, tom. 1, pag. 244). Non si potrebbe veramente fissare una regola, i casi sono moltiplici e varii; è una questione preliminare di fatto cui deve spesso applicare la Corte suprema per causa del deposito.

2. *Chi è ammesso al benefizio dei poveri* non è esonerato che dall'anticipazione del deposito. Del resto, rigettandosi il ricorso, può essere condannato alla multa e spese; e anche ai danni, se sia il caso (Cassazione, 11 marzo 1850; *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, pag. 124 e *passim*).

3. È sempre luogo *al deposito suppletivo* quando non fu notificata la sentenza.

Articolo 522.

Il ricorso per cassazione è diretto alla corte, e sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la medesima, munito di mandato speciale per quest'oggetto della parte ricorrente.

Annotazioni.

È stato deciso

a) Che il mandato speciale a ricorrere in cassazione è valido quantunque non indichi la causa o l'oggetto da trattarsi (Cassazione, 12 maggio 1852, *Gazzetta dei tribunali*, vol. 1, pag. 259).

b) Che un mandatario generale *ad lites* può nominare un procuratore speciale per ricorrere in cassazione (Cassaz., 10 agosto 1862).

c) Che per altro deve farsi la prova del mandato generale con cui la procura speciale dev'essere accompagnata (Cassazione, 21 marzo 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, p. 194).

d) Che un sindaco autorizzato alla lite, deve esserlo *specialmente* per ricorrere in cassazione (Cassazione, 23 ottobre 1859, BETTINI, tom. 1, pag. 972). Esperimento straordinario, non si ritiene compresa la facoltà nel mandato a fare o sostenere la causa, salvo che non inchiudesse manifestamente tutti gli stadii del giudizio.

e) Che ove il ricorrente abbia d'uopo d'autorizzazione, un sindaco, per esempio, *non è sanato il difetto del ricorso*, se l'autorizzazione è riportata *dopo il termine utile per ricorrere* (Cassazione di Firenze, 6 settembre 1862).

Articolo 523.

Il ricorso per cassazione deve contenere:

1° L'indicazione del nome e cognome, della residenza o del domicilio della parte ricorrente e di quella contro cui si ricorre;

2° L'esposizione sommaria dei fatti;

(*) Uno ha interessenza maggiore e l'altro minore; uno dovrà restituire capitali ricevuti e l'altro no: purchè non si discuta oggettivamente di tali interessi distinti, ma solo sulla cessazione dell'affitto, atteso, per es., il trascorso del termine, chè sarebbe questione fondamentale e comune.

(**) *A* e *B* sono citati a pagare una somma *pro diviso*. *A* sostiene di non aver debito, perchè essendo egli minore quando si sarebbe obbligato, la sua obbligazione è nulla. *B* sostiene invece ch'egli ha pagato il debito, e crede di provarlo. Amendue furono condannati; amendue ricorrono: devono fare due depositi.

3° La data della sentenza impugnata e della notificazione, o la menzione che non fu notificata;

4° I motivi, per i quali si chiede la cassazione, e l'indicazione degli articoli di legge su cui si fondano.

Al ricorso devono essere ammessi:

Il mandato per l'avvocato che ha sottoscritto il ricorso;

Il certificato del deposito, o il decreto di ammissione al benefizio dei poveri;

La copia della sentenza impugnata, autenticata dal cancelliere;

Gli atti e i documenti sui quali il ricorso è fondato;

L'elenco delle carte che si presentano dalla parte ricorrente.

Annotazioni.

Numero 2°. — *L'esposizione sommaria dei fatti* è qualche cosa di più di semplici cenni sconnessi dai quali non sia dato raccorre una storia, sia pure succinta. La Corte suprema non fu mai notata di rigore su questo punto; ed è stata contenta ora di poter rilevare il fatto dai mezzi del ricorso (Cassazione, 24 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, pag. 43), ora per riferimento alla sentenza impugnata, contemporaneamente prodotta (Cassazione, 29 dicembre 1858).

Il numero 3° ci fa chiari che *non è necessario al ricorso in cassazione la previa notifica della sentenza;* che non si presume, ma deve risultare espressa.

Numero 4°. — L'indicazione dell'articolo che si assume violato è di rigore. È stato deciso molte volte non bastare enunciative di massime e di principii di giurisprudenza, e i repertorii ne fanno fede. Non basta: si devono addurre *i motivi* della violazione. Nondimeno in questo si è per solito meno severi. Indicato l'articolo, detto il perchè della violazione, qualche volta citato l'articolo insieme ad altri, il giudice supplisce qualora conosca che quella legge è suscettiva di nuove applicazioni sfuggite al ricorrente.

Se non che vi hanno bene delle violazioni di principii che i Codici non formulano o perchè assiomatici e primi, o perchè generali e abbraccianti un complesso di fatti e di operazioni giuridiche, o perchè consacrati bensì dalla tradizione scientifica, pertinenti, per es., al gius internazionale, ma non trasportati nel formulario dei Codici. Non siamo così attaccati alla lettera da volere imporre questa disciplina anche dove non sia possibile; dove non avrebbe più ragione di essere.

Un ricorso può riferirsi senza irregolarità ai mezzi spiegati da un altro ricorrente che propugna la tesi medesima (Cassazione, 10 marzo 1858; *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, pag. 101).

Documenti annessi al ricorso.

È un puro e semplice apprezzamento; un affare di circostanza. La produzione del documento è specialmente necessaria in questione *di travisamento.* Abbiamo bisogno tante volte di vedere l'atto testuale; del resto, se il punto di fatto non viene in controversia, se la sentenza denunciata fornisce dati sufficienti, non cerchiamo più oltre. Però non si guarda se il documento sia proprio del ricorrente o del contrario; si deve produrre quello dell'avversario, ricevuto in copia, *in quanto la cognizione dell'atto sia necessaria*, nè si possa altrimenti sciogliere la questione: il solo oggetto di questa legge.

La esibizione degli atti necessarii deve essere contemporanea al ricorso: dopo, si avrebbe per tardiva, sarebbe frustranea, non salverebbe dalla decadenza (*V.* appresso l'articolo 528).

Articolo 524.

La sottoscrizione dell'avvocato nel ricorso importa elezione di domicilio presso di lui, quando abbia residenza nel comune in cui ha sede la corte di cassazione.

Se l'avvocato non abbia residenza nel detto comune, si deve nel ricorso eleggere domicilio nel comune medesimo con indicazione della persona o dell'uffizio presso cui è fatta l'elezione. In mancanza tutte le notificazioni sono fatte alla cancelleria della corte.

Articolo 525.

Il ricorso col certificato del deposito, o col decreto di ammissione al beneficio dei poveri è notificato all'altra parte nella forma delle citazioni nel termine stabilito per ricorrere. La corte può autorizzare la notificazione per pubblici proclami a norma dell'articolo 146.

La notificazione importa l'offerta di comunicazione delle carte descritte nell'elenco.

L'atto di notificazione è scritto e sottoscritto dall'usciere sull'originale e sulla copia.

Alla notificazione del ricorso è applicabile la disposizione del capoverso dell'articolo 145.

Annotazioni.

1. La vera importanza consiste *nella notificazione*; se il ricorso porti il nome del defunto che nell'intervallo dalla notificazione passò di vita, non osta: ma il ricorso deve constare notificato agli eredi (Cassazione, 25 agosto 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1851, pag. 104).

2. *La notificazione è fatta all'altra parte nella forma stabilita per le citazioni.*

Il modo della notificazione indica talvolta *un rapporto di continuità*, che in altre evenienze cessa del tutto. La citazione d'appello (articolo 486), quella di revocazione nel primo periodo (art. 502), si notificano non altrimenti che le sentenze ai domicilii artificiali statuiti dalla legge per una certa maggiore comodità o speditezza. Se il notificando fosse defunto, non si cercherebbe un diverso domicilio per denunciar l'atto agli eredi già obbligati dal contratto giudiziale del loro autore. Ecco qualche cosa di correlativo. Ma il ricorso in cassazione è, per così dire, isolato dal processo: *res nova* del tutto; atto *straordinario* secondo la veduta metafisica del Codice: insomma la notificazione del ricorso è parificata a quella della citazione introduttiva del giudizio rispetto al luogo e al modo, e si regola colle norme degli art. 139, 140, 141, 142, 143 (*).

Verrà assai rara l'applicazione degli articoli 141 e 142, poichè dopo due giudizi non è verisimile che si continui ad ignorare *il domicilio, la residenza e la dimora* del citando; bisognerebbe supporre che si fosse mantenuto contumace, che non fosse mai comparso in veruno di quei giudizi, e non ostante fosse riuscito vincitore. Altro caso sarebbe se la questione cadesse proprio sul domicilio; e che per non riconoscere nell'avversario quello che si arroga, fosse mestieri notificarglisi il ricorso nei modi degli articoli 141 e 142. Ma un terzo caso ancora potrebbe verificarsi: che colui che non ha naturale domicilio in paese, che non è neppure cittadino italiano, citato, sia comparso nei giudizi di merito, e vi abbia eletto domicilio a norma dell'articolo 159. Allora sorgerà assai grave la questione se *all'effetto della notificazione del ricorso sia quest'uomo a considerarsi quale non cittadino e non domiciliato nello Stato; ovvero se la notificazione possa validamente eseguirsi al domicilio giudiziale già eletto.* Non sembra facile a comprendere come si abbia a comunicare con essolui a modo degli esteri, degli assenti o delle persone d'ignoto domicilio, mentre ha un domicilio elettivo nello Stato, e, più ancora, mentre si tratta in fine dello stesso giudizio. Nondimeno la logica, che non guarda agli incomodi delle conseguenze, impone l'ordine opposto. Siamo in caso in cui *il domicilio obbliga.* Il domicilio di elezione non obbliga mai oltre la intenzione dell'eligente; se è domicilio legale, oltre lo scopo della legge. Quello che si assume in forza dell'articolo 159 limita i suoi effetti al giudizio ordinario, sino alla notificazione della sentenza, e nulla più. L'eligente sa che a quel domicilio non sarà mai fatta la notifica di un ricorso in cassazione. Da quel momento cessano le sue relazioni personali col nostro territorio; la notifica del ricorso equivale ad una vera citazione, che si notifica come ogni altra colla quale s'introduce un giudizio.

(*) La morte della *parte litigante* che non avvenga nel corso del giudizio (nel qual caso dispongono gli articoli 332 e seg.) non influisce sul corso dei termini; quanto al ricorso in cassazione non si ha che a notificarlo agli eredi, se la morte è avvenuta prima della notificazione e sia stata denunciata. Quanto al *luogo* della notificazione dev'esser fatta precisamente come si farebbe per un nuovo atto di citazione.

3. *A chi deve farsi la notificazione del ricorso.*

a) La legge si esprime col più perfetto laconismo: *il ricorso... è notificato all'altra parte.* Secondo l'ultimo Codice, la notificazione del ricorso non accadeva che per decreto della Sezione dei Ricorsi che ne aveva ammessa la proponibilità; ma nell'art. 607 non si leggeva di più che questo: *ordina che copia del ricorso*, ecc.... *sia notificata alla parte contro cui è diretta la domanda.* La stessa frase si ripeteva nell'art. 612.

La *questione* è in sapere: se il ricorso *si debba per assoluto notificare a tutti coloro che ebbero parte nel giudizio*, o *in altri termini, che sono compresi nella sentenza.*

L'abrogato Codice era più esplicito. Più volte si è avvertito che non tutte le disposizioni dal nuovo Codice omesse hanno a ritenersi abbandonate o cangiate; ormai siamo al fatto delle abitudini sue, e conosciamo che vi son molte cose omesse soltanto perchè il dirle si è creduto superfluo, o perchè in qualche altra parte del libro trovano sede più opportuna; o si è avuto fede nella regola scientifica che dee guidarci, non potendo un Codice dir tutto. Non è vano pertanto ricordare la disposizione di quell'articolo 613: « Quando l'azione « sulla quale emanò la sentenza di cui si chiede « l'annullamento è *un'azione individua*, il ri- « corrente debbe, *sotto pena di decadenza*, far « seguire la notificazione *a tutti coloro che* « *intervennero in giudizio* in cui emanò la sen- « tenza impugnata *e che hanno interesse di* « *opporsi all'annullamento di essa* ».

Analizzando questo articolo si apprende che neppure in fatto di azione individua era necessario citare tutti gl'intervenuti, bensì fra gl'intervenuti *tutti quelli che avevano interesse ad opporsi.* Per la ragione dei contrarii si direbbe adunque che *in azione dividua* non era neppur necessario citar tutti quelli che avevano interesse ad opporsi. E così era di fatti. In qualunque giudizio possono essersi introdotte persone mancanti d'interesse (benchè illegalmente), o chi aveva interesse può averlo perduto o avervi rinunziato. Perciò la legge, per quanto avesse d'uopo d'imporsi con rigore in questione individua, non poteva fulminare la decadenza quando non si fossero invitate nel ricorso persone mancanti d'interesse che sono inutile ingombro in ogni cosa. Dovevano poi citarsi *tutti quelli ch'erano compresi nel giudizio in quanto acessero interesse*, per questo, che la sentenza denunciata costituiva cosa giudicata *quoad omnes, in modo collettivo, et non per singulas partes;* onde non può annullarsi per gli uni, e per gli altri no; ne segue che, ove si annullasse senza il concorso di tutti gl'interessati, alcuni di essi si vedrebbero condannati senza difesa. D'altro modo il discorso procede *in azione dividua.* La regiudicata opera in parti *et per singulos;* i non chiamati in cassazione restano a dir così padroni del campo e in possesso della cosa giudicata per quanto li riguarda; il ricorrente deve rispondere verso di loro come non avesse interposto ricorso (*). Devono pertanto osservarsi gli stessi principii.

b) *Creditore, debitore garantito, e garante.*

Supposto il ricorso del creditore, esso sarebbe regolare, notificato che fosse al debitore e non al suo garante, sebbene intervenuto in giudizio (Cassazione, 22 giugno 1855, *Gazzetta dei tribunali*, vol. I, pag. 398; Cassazione, 26 luglio 1851, vol. I, pag. 361) (**). Non si potrebbe di fatti invocare verun testo in contrario. Annullata la sentenza a favore di questo creditore la cui domanda era stata licenziata nel giudizio di merito, in quello di rinvio il debitore potrà ancora chiamare il garante a difenderlo. Nè gli potrà esser opposto l'art. 491, giacchè il garante faceva parte del giudizio di prima istanza. Ecco la situazione rapporto ad essi.

Facciamo ora il caso che il debitore-garantito che ha perduto, porti ricorso contro il creditore. Poniamo anche due ipotesi subalterne, o che abbia ottenuto il rilievo, o che non lo abbia ottenuto. Certamente il suo ricorso è regolare non chiamando che il creditore. Soccombe? La sua posizione rispetto al garante non muta. Se vince, egli ha fatto col proprio anche l'interesse del suo mallevadore.

Fingiamo invece che il debitore abbia chiamato in cassazione il garante che per altro era già stato condannato a favor suo. Il debitore ha sempre interesse per farlo, attesochè gli giovi averlo presente e condifensore. Il garante però, nel suo rispettivo interesse in

(*) Se si tratta di servitù urbana, *altius non tollendi*, io non posso sostenere il ricorso se non ho chiamati tutti gli interessati che stettero in giudizio e riportarono sentenza negativa della servitù; ma se io fui condannato a pagare tremila lire a tre creditori, il mio ricorso, notificato ad uno solo di essi, mi costituisce debitore definitivo verso gli altri due di lire duemila.

(**) Benchè alcune delle decisioni che io vengo citando siano fondate sopra Codici anteriori, ho sempre cura di trascegliere quelle che si appoggiano a legislazione simile, o consacrano massime che valgono in ogni tempo.

faccia al garantito, non può giovarsi del ricorso di lui; ma avrebbe dovuto interporlo per sè nell'interesse proprio.

c) *Del ricorso reciproco, o condizionale.*

Quindi il tema che ho veduto riuscire le molte volte assai grave nell'atto pratico, *del ricorso reciproco.* Chi ha vinto nella questione principale, e rimase soccombente in una secondaria o subalterna, può credersi senza interesse per provocare un ricorso. Tizio fu citato da Cajo per rivendicazione di un fondo. Tizio oppone di non doverlo restituire; in ogni caso domanda di esser dichiarato possessore di buona fede per l'appropriazione dei frutti. La sentenza respinge la domanda dell'attore e quella del convenuto; la prima perchè non è provata, la seconda perchè provata che fosse, ne verrebbe la conseguenza che il convenuto come possessore di mala fede dovrebbe restituire i frutti. Nello stato delle cose Tizio è vincitore e non avrebbe interesse a ricorrere se non ammettendo la ipotesi che Cajo potesse ottenere la cassazione della sentenza e quindi *in modo condizionale.* Tuttavia, dato che l'annullamento della sentenza si farebbe a solo vantaggio del ricorrente, egli stesso a cautela interporrà in via subalterna ricorso per la parte sua.

d) *In giudizio d'ordine per distribuzione di prezzo* il creditore che ricorre in cassazione per acquistare una posizione migliore nella graduatoria già formata, deve citare, per regola, i competitori tutti sullo stesso prezzo, *ritenendo un tale giudizio come individuo;* massima che la nostra Cassazione ha sancita anche con decisione recentissima (1° luglio 1866, ricorso Oggero, *Gazzetta dei tribunali*, p. 271). Nessun dubbio che il debitore stesso non abbia un diretto interesse in questo movimento distributivo e non debba esser citato a pena di decadenza.

4. Se *la notificazione* del ricorso procede irregolarmente ed è nulla, può rinnovarsi semprechè il termine dell'articolo 518 non sia decorso, ovvero la sentenza non sia stata notificata. Questo è il solo senso che può avere l'ultimo periodo dell'art. 525.

Articolo 526.

Il ricorso coi documenti annessi e coll'atto originale di notificazione è presentato alla cancelleria della corte nel termine di giorni trenta successivi alla notificazione.

Quando le persone cui fu notificato il ricorso siano più, il termine comincia a decorrere soltanto dal giorno in cui fu eseguita l'ultima notificazione.

Annotazioni.

Due termini abbiamo innanzi assai bene distinti: *quello in cui si eseguisce la notificazione del ricorso* (articolo 518), *quello in cui si produce in cancelleria.* Dacchè questo secondo termine decorre *dall'ultima notificazione*, ne seguita forse che il ricorso sia regolarmente notificato qualora la notificazione stessa sia seguita per alcune parti nel primo termine e per altre fuori di esso? Ossia, basterà aver cominciata la serie delle notificazioni nel termine di legge? Io ritengo che le notificazioni fatte fuori del termine siano come non eseguite. Si è fatta eccezione al caso di *oggetto individuo* (Cassazione, 19 gennaio 1851, 21 e 26 luglio 1851, 10 gennaio 1856, e 28 giugno 1858). Nelle quali decisioni si dichiarava che in tal contingenza le notificazioni tardive, precedute da altre regolari, non importavano decadenza.

Articolo 527.

Il ricorso coi documenti annessi deve essere consegnato alla cancelleria della corte nelle ore, in cui, a norma dei regolamenti, deve stare aperta.

Ogni consegna fatta fuori della cancelleria non è efficace.

Il termine utile per fare la consegna s'intende scaduto nel momento, in cui, a norma dei regolamenti, si chiude la cancelleria della corte nell'ultimo giorno del termine, ancorchè festivo.

Il cancelliere, ricevuto il ricorso, ne fa annotazione in apposito registro, e ne rilascia dichiarazione, se richiesto.

Digitized by Google

Articolo 528.

Il ricorso è dichiarato non ammissibile:

1° Se non sia stato notificato o presentato nei termini e nelle forme stabilite;

2° Se non siano stati uniti il mandato, il certificato di deposito o il decreto di ammissione al benefizio dei poveri, la copia autentica della sentenza impugnata, e gli altri documenti necessari.

La parte, il cui ricorso fu dichiarato non ammissibile, non può riproporlo.

Annotazioni.

Questo articolo non fa che riassumere le varie obbligazioni del ricorrente ed applicare al loro difetto la sanzione della nullità. La produzione simultanea di ogni atto e documento è severamente prescritta. L'*elenco* specifica le carte ed è una bella garanzia d'ordine; si è veduto qualche volta mancare nella relazione dell'usciere la menzione dell'elenco, e si è creduto per lo meglio di rispondere che devesi presumer eseguita altresì la notifica di esso *quando la parte nelle sue deliberazioni se ne mostrò informata* (Cassazione, 24 luglio 1850, *Gazzetta dei tribunali*, vol. I, pag. 449).

Si è veduto per l'articolo 525 non doversi notificare col ricorso i documenti; ma la notificazione stessa *importare offerta di comunicazione delle carte descritte nell'elenco*. Tale notizia è dunque necessaria, non meno delle altre forme che in queste varie disposizioni sono imposte al ricorrente: l'*elenco* ha una funzione comunicativa che passa perciò il semplice grado di una descrizione; e appresso i combinati disposti degli articoli 523, 525, 526, 527 e 528 troverei difficile il pronunziare che il difetto dell'elenco non conduca alla *inammissibilità*.

Articolo 529.

Chi voglia unire le sue istanze a quelle del ricorrente a norma dell'articolo 470, deve far notificare e presentare ricorso di adesione nei modi e nelle forme sopra stabilite.

La notificazione di questo ricorso deve farsi all'avvocato del ricorrente e alle parti contrarie nel termine stabilito per la presentazione alla cancelleria del ricorso principale.

Il ricorso di adesione è presentato alla cancelleria nel termine di giorni venti dalla notificazione.

Annotazioni.

A proporre il *ricorso di adesione* è necessario trovarsi nelle condizioni indicate dall'articolo 470, da noi mostrate a suo luogo. Ivi si è dichiarata la differenza che nel confronto dell'articolo 471 rilnce fra interesse *comune, indivisibile, essenzialmente dipendente*. Come nel primo caso l'atto favorevole e riparatore promosso da una parte abbia dalla equità della legge una estensione, una capacità di comprendere i cointeressati, semprechè questi vogliano profittarne. Lo stesso concetto torna ad apparire in questo luogo per la logica dei correlativi. A ciò i termini acquistano una latitudine. Quello che è *di presentazione* pel ricorso principale, è *di notificazione pel ricorso adesivo*, al quale, per giunta, si dànno venti giorni per la presentazione. Se il ricorrente per adesione si proferisse con ragioni sue personali, indipendenti, radicalmente distinte da quelle del ricorrente principale, non potrebbe seguire questa forma, e dovrebbe far di sua tasca il deposito relativo.

I fatti giuridici sanciti negli articoli 470 e 471 sono dello stesso genere; si sviluppano dalle relazioni che noi abbiamo col diritto altrui. Tali relazioni possono anche dirsi contingenti nel primo caso e necessarie nel secondo; dalle une non si trae vantaggio senza la nostra cooperazione (appello, o ricorso adesivo); le altre operano veramente per forza loro propria: il legislatore non fa a sua volta che obbedire a quella. *Per non spezzare se stessa*

contro la naturale individuità dei fatti giuridici si è veduto quali temperamenti sono stati adottati dalla legge nei ricorsi *d'azione individua*. Ma forsechè non sarebbe anche ammesso il ricorso di adesione? *A fortiori* se è permesso nelle cause *di comunanza e consociazione d'interesse*, dev'esserlo *se gl'interessi sono identici*. È chiaro che *il ricorso adesivo dei non notificati sanerebbe il difetto* (*V.* n° 3 delle ANNOTAZIONI all'articolo 525).

Articolo 530.

Il cancelliere della corte deve dare comunicazione delle carte e dei documenti annessi al ricorso all'avvocato ammesso a patrocinare davanti la corte, che si presenti a nome della parte cui fu il ricorso notificato, munito di mandato speciale della medesima.

Per fare l'ispezione delle carte e dei documenti in cancelleria basta la presentazione della copia del ricorso stata notificata.

Articolo 531.

La parte a cui fu notificato il ricorso può far notificare un controricorso nel termine di giorni trenta dalla scadenza di quello stabilito nell'articolo 526, e deve presentarlo alla cancelleria nei cinque giorni dalla notificazione.

Se sianvi annessi documenti, il controricorso deve averne l'elenco in fine.

Sono applicabili al controricorso le disposizioni degli articoli 522, 524 e 527.

Colla presentazione del controricorso si devono restituire alla cancelleria i documenti e le carte prese in comunicazione.

La notificazione del controricorso sana le nullità di forma della notificazione del ricorso.

Annotazioni.

1. Il controricorso *è una mera facoltà*. Ma se della facoltà si usi, convien farlo secondo regole prescritte, e con rito non meno rigoroso. Il controricorso mancante di alcuno de' suoi caratteri legali non sarebbe ricevuto, quantunque una espressa sanzione d'inammissibilità non esista.

2. Mancandosi al dovere *della restituzione dei documenti*, l'articolo 170 viene applicabile. Misura di polizia interna di cui ogni autorità giudiziaria, per l'esercizio del suo ministero, deve ritenersi investita (*V.* articolo 552).

3. L'*ultimo capoverso* è fondato in quel principio per cui nacque l'articolo 190: chi comparisce in giudizio *habet se pro vocato:* l'esame sulla irregolarità della notificazione non avrebbe più scopo.

Articolo 532.

Nei casi d'urgenza il presidente può abbreviare i termini stabiliti negli articoli 526 e 531.

Quando il presidente abbia stabilito un termine minore di giorni venti per la presentazione del ricorso principale, il termine per la presentazione del ricorso di adesione è uguale a quello stabilito dal presidente.

Annotazioni.

Nel passato sistema, la Sezione dei Ricorsi stanziava il termine della notificazione del ricorso e della presentazione del controricorso. Il ricorrente, facendo abbreviare il proprio termine, restringe di conseguenza quello della presentazione del controricorso.

Articolo 533.

Nei dieci giorni successivi alla presentazione del controricorso, l'avvocato del

ricorrente può prendere comunicazione delle carte e dei documenti annessi, dei quali deve fare la restituzione entro egual termine,

Articolo 534.

Scaduti i termini il cancelliere presenta il ricorso, il controricorso, le carte e i documenti al primo presidente, il quale nomina un relatore.

Articolo 535.

Quando non sia stato presentato controricorso nel termine stabilito, il cancelliere, sull'istanza del ricorrente, rilascia certificato della non fatta presentazione, con annotazione da lui sottoscritta in fine del ricorso, e procede nel modo prescritto nell'articolo precedente.

Articolo 536.

La discussione della causa all'udienza ha luogo secondo l'ordine del registro indicato nell'articolo 527.

Le cause urgenti sono chiamate a discussione, secondo l'ordine d'iscrizione sul ruolo d'urgenza.

Tra le cause iscritte sul ruolo d'urgenza il presidente può dare la priorità a quella che non ammetta dilazione.

Articolo 537.

Dieci giorni almeno prima dell'udienza stabilita per la discussione il cancelliere ne dà avviso per mezzo d'usciere agli avvocati delle parti.

Articolo 538.

Nell'udienza stabilita il relatore nominato fa la relazione della causa.

Dopo la relazione parlano gli avvocati, e dopo di essi il ministero pubblico.

Per la polizia delle udienze si osservano le disposizioni degli art. 354 e 355.

SEZIONE III.

Delle sentenze.

Articolo 539.

La corte dopo la discussione della causa pronunzia la sentenza.

Per la deliberazione si osservano le norme stabilite dagli articoli 357, 358 e 359.

Articolo 540.

La sentenza deve contenere:

1° L'indicazione del nome e cognome, della residenza o del domicilio delle parti, e degli avvocati da cui sono rappresentate;

2° L'oggetto della domanda;

Digitized by Google

3° La menzione che il ministero pubblico ha concluso per la cassazione, o per il rigetto;

4° I motivi, i quali, nel caso di cassazione, devono indicare l'articolo di legge violato o falsamente applicato;

5° Il dispositivo;

6° L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata;

7° Le sottoscrizioni di tutti i giudici che l'hanno pronunziata, e del cancelliere.

Annotazioni.

Niuna sanzione è decretata, niuna sanzione è possibile contro le trasgressioni che fossero commesse dal supremo Ordine giudicante contro questo complesso di disposizioni. Eppure nulla è più costantemente regolare delle sue decisioni. Novello e gravissimo documento che non la sola disciplina delle sanzioni irritanti custodisce l'adempimento della legalità: sarà felice quel tempo in cui ai magistrati non parlerà che il linguaggio del dovere, il rispetto della legge, la moralità dell'ufficio; e che le violazioni del rito non faranno più gemere i litiganti sugli errori dei giudici.

Articolo 541.

Quando la corte rigetti il ricorso, condanna il ricorrente

Nelle spese,

Nella perdita del deposito indicato nell'articolo 521, e riserva alla parte contraria le ragioni per il risarcimento dei danni.

Articolo 542.

Quando la corte accolga il ricorso e cassi la sentenza denunziata, ordina la restituzione del deposito, e pronuncia sulle spese del giudizio come di ragione.

Articolo 543.

La cassazione della sentenza importa annullamento delle sentenze e degli atti posteriori, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base.

Se la sentenza sia cassata in alcuno dei capi, restano fermi gli altri, salvo che siano dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata.

Annotazioni.

1. *Della cassazione totale o parziale.*

Una sentenza può esser cassata in parte, o perchè il ricorso limiti la propria domanda, o perchè la Corte non l'accolga che in parte, e il giudicato sia veramente suscettibile di essere diviso in parti. *Un capo è indipendente dall'altro* alle seguenti condizioni: 1° che l'oggetto della decisione sia distinto e per sè sussistente; 2° che le cause razionali della decisione non abbiano tale attinenza fra loro che la decisione risulterebbe logicamente diversa se i motivi del capo invulnerato venissero a cangiarsi. È quindi un postulato che deve esaminarsi in ragion composta di codesti due estremi. Non sono rari i casi in cui la sentenza muovendo dagli stessi fondamenti di fatto e sino a un certo punto procedendo cogli stessi principii di diritto, inoltrandosi poi nelle conseguenze, il suo ragionamento si divida e in effetto venga a determinarsi in conclusioni separate, ossia in capi distinti, secondo il linguaggio della giurisprudenza. In questo caso se la Cassazione non annullasse che un solo di codesti capi, ne verrebbe una di queste due: o che, restando ferme le basi del discorso comuni ai varii pronunciati della sentenza, la decisione della Corte suprema distruggerebbe bensì giustamente l'erronea sua disposizione, ma siccome la causa dell'errore (in ipotesi) sarebbe riposta nelle prime proposizioni da cui si è svolto tutto

il ragionamento della sentenza, quello restando ferme e incensurate, i giudici di rinvio non potrebbero da tali premesse che desumere le conseguenze medesime. Ovvero, come è più probabile, la Corte suprema verrebbe censurando tutto il sistema della sentenza attaccandolo nelle sue basi, con ciò toglierebbe eziandio agli altri capi la loro ragione d'esistenza, essendochè tutti sarebbero corollarii di uno stesso principio. Suppongo che la sentenza abbia dapprima ragionato sulla sussistenza di una obbligazione controversa, rivendicando la capacità dei contraenti, e la correspettività della convenzione. Indi è venuta esaminando se sia materialmente regolare una iscrizione ipotecaria che fu accesa in forza di quella convenzione; se non essendosi pagati in tempo gli interessi si faccia luogo alla restituzione del capitale; poi se per la mora del debitore, il creditore abbia sofferto danni e abbia diritto a risarcimento. Ed affermando queste tre proposizioni il tribunale divide la sua decisione in tre capi distinti. E in vero lo sono, poichè ognuna di queste tre conclusioni può stare da sè; ma risalendo alla prima cagione si scorge consistere *nella validità della obbligazione:* d'uopo è adunque annullare tutta la sentenza.

E sarebbe una delle applicazioni del capoverso dell'art. 543, sebbene non possa dirsi a rigore che *un capo sia dipendente dall'altro.* L'articolo è più esteso della sua formula, e contiene anche la eccezione: *se i capi distinti della sentenza dipendano da un principio censurato dalla Cassazione.*

Mi è impossibile esaurire l'argomento; bastino questi cenni. Toccherò soltanto di un'altra combinazione solita a presentarsi alla Cassazione e che mi è additata dalla esperienza. Una sentenza *che non obbedisce al precetto della motivazione*, sembra portare nel seno un vizio che si direbbe organico e che dovrebbe farla cadere in ogni parte. Noi per altro, siccome nella ipotesi testè enunciata, guardiamo alla estensione, alla influenza che il difetto ha potuto esercitare sui varii capi decisi; e sogliamo restringer la censura in corrispondenza dell'effetto che ha potuto produrre.

Pertanto vi sono cause di cassazione che possono dirsi *relative* o *speciali*, ed altre *assolute* e *generali*, in presenza delle quali non vi è parte della sentenza che possa sfuggire al naufragio. Tali sono le violazioni dell'art. 357, dell'art. 360, n° 9, dell'art. 517, n° 7; infine se si tratti d'incompetenza e di eccesso di potere.

Quelle però che io vengo chiamando *cause relative* o *speciali*, possono, secondo i casi, estendersi a tutta la sentenza malgrado divisa in capi, e benchè il vizio ferisca piuttosto una parte che l'altra. Finiscono dalla trasgressione di una legge conseguenze tavolta che rendono impossibile la conservazione del giudicato, quantunque non propriamente generali. Il vizio della violazione della regiudicata potrebbe colpire espressamente una delle conclusioni della sentenza; e tuttavia rimanere assai incerto se, rispettato dal giudice quel grave precedente, non avrebbe riformata nelle altre parti la sua decisione, per quelle certe attinenze che il fatto lascia scorgere fra i diversi portati della sentenza.

Così se la Cassazione non esamina d'ordinario il falso in se stesso, s'impadronisce dei suoi sviluppi, delle sue evoluzioni e delle sue conseguenze (*).

2. L'articolo 543 ci fa come balenare agli occhi gli effetti di quella rovina che è la cassazione, indicandoci ch'*essa importa l'annullamento delle sentenze e degli atti posteriori.* Dietro queste parole vi è un mondo di osservazioni: noi ci limitiamo alle principali.

Rimettere le parti nello stato in cui si trovavano prima della sentenza annullata: ecco l'effetto della cassazione nella sua formula generale. Questa formula inchiude la conservazione del processo sino a quel punto. Essa però ha dei limiti. Se la sentenza è cassata *per causa di incompetenza*, comunque relativa (**), è manifesto che gli atti fatti avanti quel giudice cadono in nulla colla sentenza stessa.

Effetto adunque della cassazione è di ritornare i litiganti di pieno diritto sotto il dominio della sentenza di prima istanza, secondo la espressione del DALLOZ; generalmente parlando, il complesso degli atti che s'interpongono fra l'appello e la decisione annullata, restano

(*) La questione di *relazione* fra i varii capi di una sentenza si ripiega quasi sempre sul fatto. In giudizio liquidazione di conti, suole la sentenza proporne in capi distinti le risultanze in quanto rispondano a titoli distinti di credito. Non è raro però che rimontando l'analisi si riscontrino alcuni dati fondamentali, dai quali discendano le operazioni successive. In altri casi le ragioni del conto, comunque originate da una sola obbligazione, procederanno distinte, e rappresenteranno altrettante serie indipendenti. Un esempio si ha nella decisione 15 agosto 1866, a mia relazione, nella causa dell'Assicurazione generale di Venezia sugli incendii contro la Dematero.

(**) Nel commento del seguente articolo si daranno gli opportuni schiarimenti.

come fondo d'istruzione al giudice di rinvio (*). *Ma resistono forse al colpo le sentenze interlocutorie* o *incidentali proferite nel processo di appello prima della definitiva?*

È principio di diritto giudiziario che la giurisdizione della Corte suprema ha d'uopo di essere eccitata dal ricorso. *Se il ricorso non comprende quelle sentenze intermedie*, certo esse rimangono in pieno vigore. Talvolta opporranno allo stesso ricorso un ostacolo insuperabile. Vera cosa giudicata, ricoprirebbe i vizi del processo ad essa anteriori. Può accadere che una questione vertente sulla falsa applicazione di una legge diventi improponibile. La stessa sentenza interlocutoria potrebbe aver definito il punto di diritto. Si agita una questione sul diritto di accrescimento che due coeredi pretendono sulla porzione di un terzo erede mancante, e domandano al possessore la consegna della quota relativa, previa perizia, per determinare i corpi o il valore. La Corte d'appello, esplicitamente o implicitamente ammettendo il diritto, ordina la perizia. Indi, compita la perizia, aggiudica i beni agli attori. Evidentemente chi non ricorre che dalla seconda sentenza, è respinto dalla cosa giudicata: dall'interlocutoria con cui si fece ragione del diritto. In siffatto modo potrebbe anche sfuggire alla cassazione una questione di *travisamento* (**).

3. *Sentenze posteriori.*

Lasciamo pertanto *i fatti anteriori, le sentenze anteriori*, e non occupiamoci che *dei fatti e delle sentenze posteriori alla cassazione.* La esecuzione della sentenza non è sospesa dal ricorso (articolo 520). Essa intanto come prolifica, può generarne delle altre. Avranno la stessa sorte della sentenza da cui derivano, di quella cioè che *ha servito loro di base.*

In due modi la sentenza annullata può aver servito di base a sentenze posteriori. In quanto queste derivino da essa, si direbbe, in linea retta, come forme esplicative della sentenza medesima, riguardanti la sua esecuzione, o aventi ragione di esistenza in quanto la esecuzione fu completamente consumata, e ne sorsero nuovi rapporti di diritto consacrati da altre sentenze (***). Questo bosco d'interessi è dunque abbattuto d'un colpo. Non c'è che dire; il peccato originale di cui sono viziati, condanna tutti quei giudicati, malgrado la innocenza loro personale, a perire. La sentenza annullata può *aver servito di base* ad altra sentenza, operando diversamente, cioè non per modo di generazione, come nel primo caso, ma di sostegno e di appoggio, e porgendosi quale condizione della nuova sentenza. Ciò sarebbe quando la sentenza annullata, non ancora deciso il ricorso, forte com'era della sua eseguibilità, invocata come cosa giudicata, valse a far rigettare o a far ammettere una domanda; fu causa insomma e fondamento di un giudicato.

Talvolta però la sentenza annullata potrebbe non avere esercitata sul giudicato una influenza abbastanza decisiva per trascinarlo nella sua caduta. Agendo semplicemente quale autorità morale (prodotta, per esempio, in causa consimile ma non identica), suppongo che il giudice ne abbia ricevuto una impressione che cooperò alla sua determinazione, non mancando d'altra parte argomenti per ritenere che anche senza di essa avrebbe ugualmente deciso. Così la sentenza avrà o non avrà probabilità di vita secondo il grado d'influenza e di pressione che avrà subita da quella che meritò per i suoi errori di esser tolta dal mondo.

4. *Atti posteriori e conseguenti dalla sentenza annullata.*

Cadono colla sentenza tutti gli atti di esecuzione, le iscrizioni ipotecarie che si fossero prese, vanno in dileguo i titoli e le qualità che si attaccavano alla cosa giudicata, si restituiscono le somme percette, tutte le cose ritornano più o meno violentemente nello stato di prima; nello stato cioè in cui si trovavano quando si pronunciò la sentenza annullata

5. **Questioni.** — *a*) Le somme pagate in virtù della sentenza annullata sono restituite: *che dire degl'interessi?* (****).

La posizione di fatto sarebbe questa: Tizio

(*) Del giudizio di rinvio parleremo con una certa pienezza illustrando l'articolo 546.

(**) Se i fatti che si pretendono *travisati* precedono la sentenza interlocutoria, dalla quale non fu portato ricorso, è palese che non potrà proporsene l'esame alla Corte suprema.

(***) Sentenze di vendita, di graduatoria, di distribuzione di prezzo, di aggiudicazione di fondi, inci contratti, transazioni, ecc., serie di conseguenze che non è possibile cancellare.

(****) A conferma della massima generale sono bene esplicite le seguenti decisioni: « Attendu que l'effet le« gal et nécessaire de la cassation d'un arrêt est d'as« treindre les parties qui l'avaient obtenu à restituer « *toutes les sommes dont*, en vertu du même arrêt, *elles* « *auraient exigé le payement* » (Cassation, arrêt 28 août 1837). « Attendu que l'effet légal et nécessaire des an« nulations des arrêts est de remettre les parties au « même et semblable état où elles étaient avant la pro« nonciation de l'arrêt annulé d'où suit qu'en cassant, « *la Cour autorise implicitement le demandeur qui ob« tient cette cassation à exiger la restitution des capi« taux, fruits et intérêts* par lui payés en exécution des « condamnations contre lui prononcées par l'arrêt an« nulé... » (Cassation, 22 janvier 1822, DALLOZ, *Répert.*, v° *Cassation*, chap XIX). È però facile a vedere che codeste decisioni non sciolgono il proposto quesito.

condannato dalla sentenza d'appello a pagare duemila lire, per non soggiacere ad esecuzione pagò la somma. Più tardi la sentenza fu cassata. Egli riebbe la somma pagata; ma pretende anche gl'interessi dal giorno dell'indebito pagamento del capitale. È manifesto che una tale questione è pur essa occasionata dalla sentenza di cassazione; non riguarda però le restituzioni che ne sono la conseguenza, ma piuttosto un credito accessorio, che colui che pagò il capitale in forza della sentenza annullata avrebbe formato per tutto quel tempo in cui restò privo dell'uso della somma. Dacchè si venne esaminando questa specialità (DALLOZ, Cassation, ch. XIX, § 2), si osservò saggiamente ch'essa era in dominio della legge civile, come ogni altra questione d'interessi non convenuti sopra capitali che non si aveva diritto di ritenere; *e dipende dalla buona o mala fede del debitore.* La soluzione per noi sarà nell'art. 1147 del Codice civile: « Quegli « che ha ricevuto il pagamento (indebito), *se* « *era in mala fede*, è tenuto a restituire tanto « il capitale che i frutti dal giorno del paga- « mento ». Era in mala fede colui che esigeva sotto lo scudo e col prestigio di una cosa giudicata?

Qualche autore e qualche decisione francese risponde doversi ritenere in buona fede; la mala fede comincierà dalla notifica della sentenza di cassazione (DALLOZ, Cassazione, 29 aprile 1839). Ciò può sembrar equo per la sua mitezza, ma io temo non risponda alla nozione della buona fede. Siamo in buona fede allorchè la coscienza non ci lascia in dubbio sul nostro diritto. Si può non aver dubbio quando il diritto ci è contrastato e la lite non è ancora finita? Poteva non aver dubbio colui ch'era colpito da un ricorso in cassazione? Cosa potrebbe aggiunger di più la notifica della sentenza se, chiamato a difendersi dal ricorso, o è comparso, ha conosciuto il processo dal primo all'ultimo atto; o non è comparso, deve imputare a se stesso di non averne presa cognizione?

Io dunque sono d'avviso *che chi ha pagato in forza di una sentenza che è stata annullata, sia fondato nell'articolo* 1147 *del Codice civile per esigere oltre il capitale anche gli interessi* (*). (Così pure risolve la sentenza della Corte di Genova, 20 luglio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 2, pag. 688.)

b) Limitazione rispetto al terzo.

Un terzo che ha ricevuto in buona fede in forza delle sentenze annullate un pagamento, deve restituirlo dopo la cassazione?

Una specie che conteneva questo problema è stata decisa ragionevolmente nel senso che il terzo non è obbligato a restituire *il denaro o altre cose fungibili consumate in buona fede.* Dei creditori avevano sequestrate in mano del debitore delle somme loro dovute, e furono pagati. Appresso, quella sentenza che aveva aggiudicate le somme al debitore venne cassata. Fu deciso che i creditori che avevano già riportato decreto di validità della esecuzione, essendo che il denaro fosse di proprietà del debitore, non erano tenuti a restituirlo (Cassazione francese, 13 maggio 1823).

c) Ma il terzo acquisitore d'immobili è forse nella stessa condizione?

No: il principio che favorisce il terzo nel primo caso (articolo 1240 del Codice civile, Leg. 44 Dig. de condict. indeb.), non lo aiuta nel secondo; ma deve sottostare alla nota regola *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, e agli effetti della condizione risolutiva (articolo 1164 del Codice civile).

Questo diciamo se la vendita dell'immobile sia volontaria. La cosa non procede altrimenti se la vendita fu forzata e per via di espropriazione. « Dans le second cas (ha detto il DAL- « LOZ, n° 2038) celui ou l'immeuble aurait été « vendu par expropriation forcée, à la requête « des créanciers de la partie, *la solution serait* « *la même.* La partie qui obtiendrait la cassa- « tion triompherait de l'adjudicataire, comme « elle a triomphé de l'acquéreur par vente vo- « lontaire. » Il terzo aggiudicatario non ha potuto acquistare maggiori diritti, che non competessero all'espropriato.

d) Il terzo che è stato spogliato dell'immobile acquistato, ha diritto di agire per la evizione sofferta contro il creditore che ha proce-

(*) Più avanti sembra che lo stesso DALLOZ sia costretto a venire in questa conclusione. Egli dice al n° 2030: « La circonstance que le créancier, *avant de tou-* « *cher la somme*, connaissait l'existence du pourvoi, « suffirait-elle pour le constituer en mauvaise foi? *L'af-* « *firmative nous semble devoir être admise*, pourvu que « cette connaissance lui soit donnée d'une manière cer- « taine ». Converrei che *prima della introduzione del ricorso* avesse potuto ricevere il pagamento in buona fede; ma questa cessa dal momento che gli è notificato il ricorso.

Aggiungo una decisione, e forse non è la sola, che va più oltre. A costituire il vincitore in mala fede crede sufficiente una riserva di ricorrere. « Attendu qu'il est « constaté, par l'arrêt attaqué, que le défendeur n'a « payé que comme contraint et forcé, et sous la réserve « expresse de se pourvoir en cassation. — *Que, dès lors,* « *n'a exécuté qu'à ses risques et périls un titre susceptible* « *de résolution*, et dont il était averti que le défendeur « poursuivait l'anéantissement par les voies du droit » (Cassazione, 11 novembre 1838).

duto alla espropriazione? Qual diritto d'indennità gli compete? (*)

Nessun dubbio ch'esso possa agir d'evizione *ex empto. Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem* (L. 6 Cod. de evict.). Il Codice civile che ha eroditata questa decisione, dichiara nell'articolo 1486 l'importare della guarentigia. Il creditore che ha riportata la funesta vittoria in grado d'appello, deve forse rimborsare al deliberatario tutte le entità ivi descritte? Si è voluto introdurre una distinzione, e dire che *se l'aggiudicatario conosceva la pendenza del ricorso*, non dev'essere indennizzato che delle spese e delle somme realmente sborsate (DALLOZ, Cassazione, n° 2042). Dunque, secondo tale dottrina, la scienza del pericolo di evizione, il dubbio che doveva sentirne nell'animo il pubblico compratore, addosserebbe a lui stesso in parte le eventualità del giudizio, restringendo la portata della sua azione. La celebre Legge 27 Cod. de evict. non concerne veramente che *gli oneri esistenti sul fondo* e noti al compratore, e non credo sia applicabile al caso; come non lo sarebbe in fatto d'ipoteche iscritte e che il compratore non può ignorare, specialmente se tali ipoteche derivano dal venditore medesimo. « L'acquéreur doit présumer (dice « TROPLONG) que le vendeur libérera l'im- « meuble en libérant lui-même. *L'obligation « de garantie subsistera donc dans toute son « étendue* » (*De la vente*, n° 418). Tanto più dev'esser così nel caso nostro, che il supposto pericolo di evizione o non è ben noto al deliberatario, o deve parergli remotissimo in presenza del franco contegno dell'espropriante, cui non dev'esser lecito ingannare il pubblico.

e) Dovrà il deliberatario o aggiudicatario restituire i frutti? E da qual punto?

Poniam mente che il vincitore in giudizio di cassazione volendo ricuperare l'immobile dal terzo acquisitore, deve agire in via di rivendicazione, seguendo i relativi principii di diritto. Così la questione della restituzione dei frutti è sempre dominata dal principio della buona o mala fede del terzo possessore (Leg. 1, 5, 11, 13 Cod. de rei vindic.). Altro è dunque nei rapporti dei contendenti fra loro (Vedi sopra, *sulla questione degli interessi*), altro nei rapporti del rivendicante col terzo. *Quest'ultimo non sarà costituito in mala fede che dal giorno della domanda.*

f) Della ripresa della iscrizione ipotecaria.

Se la sentenza d'appello ordinò la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, è ben da credersi che la cancellazione sarà stata eseguita. Dopo la cassazione si ha diritto di ricostituire la ipoteca nel suo stato primiero e iscriverla di nuovo. *Rimpetto ai creditori che erano iscritti al momento della sentenza*, non c'è, a dir proprio, difficoltà. La iscrizione riprende il rango che aveva; e quei creditori non hanno a dolersene, perchè, qualunque sia il vantaggio che abbiano potuto momentaneamente ottenere per il sollievo di quella iscrizione, ciò fu per *accidens* e non per diritto loro proprio; essi già ebbero conoscenza di quella posizione di cose quando acquistarono la loro ipoteca, e non ne subiscono una deteriore. Ma il discorso non corre relativamente a quei creditori che avessero presa iscrizione nell'intervallo che è passato dalla radiazione della ipoteca alla pronuncia della cassazione. Essi si vedrebbero danneggiati in confronto della ripresa ipotecaria che verrebbe a praticare colui che fece annullare la sentenza, in virtù della quale la sua iscrizione fu cancellata. I terzi che nel certificato ipotecario non trovarono quella iscrizione sarebbero ingannati, il sistema ipotecario violato nella sua base; ciò è impossibile. Pertanto l'interesse particolare del ricorrente che vinse la prova in cassazione, e che reclama la *restitutio in integrum* in forza di una legge, viene in urto coll'interesse generale, sostenuto e difeso da un intero sistema di leggi, ond'è costretto a cedere (DALLOZ, Cassazione, n° 2048, Parigi, sentenza 15 aprile 1811). Io credo tuttavia che potrà riaccendere la sua iscrizione, ma non potrà primeggiare codesta categoria d'iscritti: la sentenza dichiarerà sotto qual data potrà riprendersi. Reste-

(*) In ame questa grande istituzione; ma quanto resta ancora a farsi onde non riesca a quelle disastrose conseguenze che già si vengono spiegando sotto i nostri occhi! Vedete un poco quale movimento, anzi quale travasamento di diritti è possibile! Che fare e disfare! La sentenza d'appello è sempre eseguibile, si eseguisce. Sono pignorati i fondi del debitore, indi venduti. La sentenza è cassata. Bisogna restituir tutto nello stato di prima. Ma nel giudizio di rinvio si pronuncia in merito sentenza conforme; e il debitore è di nuovo condannato, e di nuovo è spropriato, e di nuovo si vendono all'asta i suoi beni. Ma si torna in cassazione, e la seconda sentenza è pure cassata. Eccoci allo stato di prima, a dovere tutto restituire per aspettare una terza sentenza d'appello, che forse sarà uguale alle altre. E siamo ancora da capo!... Spettacolo desolante! Che fare? Io crederei che il dare al ricorso effetto sospensivo fosse il minor male, lasciando stare l'astrazione del *rimedio straordinario*. Ben inteso alla condizione che i responsi della Cassazione non si facciano lungamente aspettare. La Cassazione è come quelle altre macchine complicate di governo, che sono eccellenti se funzionano regolarmente e prontamente. Se i ricorsi devono stare degli anni pendenti, dubito forte se la Cassazione abbia ragione di esistere. Sommati i vantaggi coi danni, temo che il risultato non sarebbe il più lusinghiero.

ranno salve le azioni d'indennità contro il ricorrente.

6. *Le sentenze posteriori* che cadono virtualmente per il solo apparire della decisione suprema, si riassumono in tre classi: 1° quelle che hanno per iscopo diretto l'esecuzione della sentenza annullata; 2° che subiscono espressamente la sentenza annullata come cosa giudicata, e ad essa informano la propria pronunzia; 3° quelle che avrebbero, in un modo qualunque, ragione di esistenza nella sentenza annullata, e sono incompatibili colla decisione suprema.

Si è parlato delle due prime. Di questa terza classe sarebbe: *a*) la sentenza che la Corte o il tribunale in grado d'appello avesse pronunciata in merito pendente il ricorso interposto da un'interlocutoria; *b*) la sentenza definitiva d'appello che si fondasse sopra una sentenza pregiudiziale che è stata annullata dalla Cassazione; c) la sentenza definitiva che sarebbe stata pronunciata sul fondamento di altra sentenza che rigettava una domanda di decadenza dal diritto d'appellare, se questa è stata cassata. Saranno sufficienti questi pochi esempii.

Soltanto resterà a sapersi se cotali sentenze che cadono per implicita conseguenza della cassazione, vengano a perdere, si direbbe, *ipso jure*, ogni efficienza giuridica, o qualora una delle parti intenda valersene, abbiano pur esse ad impugnarsi per via di ricorso in cassazione. Ci riserbiamo trattarne nel commento dell'articolo 546.

Articolo 544.

Quando la corte cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza, statuisce su questa, e rimanda la causa all'autorità competente.

Se cassi per altri motivi, rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima.

Il rinvio non è ordinato:

1° Quando si cassi la sentenza per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare;

2° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

1. La sentenza può esser cassata o *per incompetenza speciale*, o *per incompetenza generale*; alla prima specie d'incompetenza accenna l'articolo nel primo periodo, all'altra nel seguente numero 1°. Vi ha incompetenza speciale quando l'affare appartiene bensì all'ordine giudiziario e alla sua cognizione, ma il tribunale errò o nell'attribuire a se stesso la competenza che non aveva, o nello spogliarsi di quella che aveva. Nel primo caso la Corte suprema, astenendosi da ogni pronuncia sul merito del ricorso, rimette la causa all'autorità competente; nell'altro a quella stessa che si astenne dal giudicare, imponendole di rendere il suo giudizio.

2. Una volta che la questione d'incompetenza è salita alla Corte regolatrice, ivi riposa e, per dir così, si consuma. Le Corti o tribunali di rinvio non vi possono più nulla. In effetto la Corte suprema non rinvia che la cognizione del merito all'autorità di cui essa determina indeclinabilmente la competenza. È perspicuo di conseguenza che ove ritenga non competere la cognizione dell'affare all'autorità giudiziaria, ma per es. a un potere di altro ordine quale sarebbe l'amministrativo, o appartenga bensì al potere giudiziario, ma non a quello dello Stato, fa cessare la questione, impone silenzio ai litiganti, *e cassa senza rinvio*.

3. Il *regolamento di competenza* e *la cassazione per incompetenza* sono due cose differenti. Il primo è nella facoltà eziandio dei tribunali ordinarii. Ogni autorità superiore, bilanciando sulle inferiori che si bisticciano fra loro, e vogliono essere o non essere competenti (conflitto positivo, conflitto negativo), ogni autorità superiore è giudice per regolare la competenza tra gl'inferiori (art. 108). Il sistema *di regolamento* è adottato per maggior facilità e comodo dei giudizi; e tuttavia è obbligatorio, date le condizioni prevedute dalla legge. In vero fra due autorità che simultaneamente negano o professano la loro competenza, può esserci nel primo caso, vi è indubbiamente nel

secondo (*) motivo di cassazione; nondimeno bisogna, come dissi, seguire la via tracciata dalla legge. È però da riflettere che i tribunali ordinarii decidono bensì quale fra le autorità che si contendono o rifiutano la competenza, sia competente; ma non possono uscire da quel limite, nè determinare la competenza generale; non possono dichiarare che l'autorità competente sia fuori di quelle, e ad essa rinviare la cognizione della causa. Quindi lo stesso *regolamento di competenza*, salendo all'esame della Corte suprema, riceve una estensione quale conviene all'attributo di essa; la Corte suprema, impadronendosi per propria facoltà della questione generale, può cassare amendue le sentenze; riconoscere che la competenza esiste in una terza autorità, o ancora che il giudizio non appartiene all'ordine giudiziario, e così pronunziare senza rinvio.

Di fatti la cognizione della competenza è di quelle di cui la Corte suprema *è abitualmente investita nell'interesse dell'ordine pubblico*, e l'assume indipendentemente dalle due condizioni che per solito denno verificarsi: 1° *che il mezzo sia già stato esperimentato nel giudizio di merito, e quindi non sia nuovo*; 2° *che sia presentato ed enunciato nell'atto di ricorso*. Le condizioni sono copulative: l'una o l'altra mancando, il ricorso non sarebbe accettabile.

4. *Delle controversie d'ordine pubblico.*

La legge non dichiara espressamente che la Corte di cassazione è investita della podestà di conoscere per proprio moto, alla semplice istanza del pubblico Ministero, ed *ex primo*, le controversie d'ordine pubblico. Per distinguer gli effetti dell'annullamento, la legge non ebbe d'uopo che di parlare dell'incompetenza, oggetto si può dire culminante in fatto d'ordine pubblico applicato al diritto giudiziario. Ma resta a vedere se sotto altro aspetto si riscontrino materie d'ordine pubblico che siano da comprendersi nella giurisdizione abituale della Corte suprema. La legge ne fa tacitamente la sua girata alla scienza come bene spesso le accade.

L'*ordine pubblico*, ha detto il CARRÉ, « est « une disposition, un arrangement suivant lequel la société est constituée avec le moyen « de se maintenir dans l'état où la constitution « l'a placée ». L'ordine pubblico è lo stato normale della società civile, al quale concorrono elementi d'ogni maniera; uno di questi grandi fattori dell'ordine è la giustizia, e la giustizia per esser bene amministrata ha bisogno di un sistema giudiziario bene ordinato e ben applicato. Ecco tutto. Ma spingendo l'argomento agli estremi, si direbbe che ogni alterazione del sistema giudiziario ripercuote sull'ordine pubblico, il che sarebbe un grande errore. Questa specie di culto superstizioso dell'interesse generale non farebbe che nuocere al più veri e solidi interessi della giustizia privata; noi lo vediamo ogni giorno e chiamiamo un progresso piuttosto il restringere che ampliare le suscettibilità paurose dalle quali verrebbero a rampollare nullità senza fine.

È questo uno di quei temi che non si è finito ancora di studiare; in soggetto di cassazione solleva ancora molte dubbiezze. Sogliono dagli autori mescolarsi le questioni giudiziarie colle civili: e bisogna cominciare dal togliere cotal confusione: In procedura la cosa è assai semplice. La legge ha divisate le *nullità assolute:* le materie, così guarentite dalla legge, sono quelle appunto che appartengono all'ordine pubblico nel punto di vista del legislatore giudiziario. Fortunatamente il loro numero è assai limitato, e generalmente bene determinato. Ma non si deve credere che tutte le nullità assolute si possano conoscere dalla Corte suprema, d'ufficio, e senza essere state dedotte dal ricorso. La Corte suprema si occupa d'ufficio di quelle nullità che o interessano in modo più eminente e diretto l'ordine pubblico, o riguardano i caratteri essenziali del proprio e peculiare giudizio (**). Oltre la incompetenza per ragion di materia, poniamo ad esempio, è considerabile quella nullità radicale che nasce dalla inorganica composizione dei corpi giudicanti, dal concorso di giudici che furono estranei alla discussione, dalla clandestinità dell'udienza; le quali e simili prevaricazioni del *diritto giudiziario fondamentale* non possono, non devono sfuggire al regolatore supremo.

Dal fondo delle leggi civili non deduciamo nullità d'ordine pubblico nel senso che la Corte suprema possa recarne al proprio esame le violazioni di primo tratto, *ex novo*, e nel silenzio del ricorrente (***). È però a vedersi ulteriormente, se il ricorso potesse animare

(*) *Può essere* nel primo caso, perchè non è impossibile che amendue quelle autorità dicano il vero, di non essere competenti; ma nel conflitto positivo una di esse certamente s'inganna.

(**) Se il ricorso non è regolarmente notificato, prodotto in tempo debito, non eseguito il deposito, ecc.

(***) Da tre sorgenti emana il nostro discorso: 1° dal *diritto giudiziario fondamentale*, e diciamo che la Corte suprema può dichiarare d'ufficio la nullità; 2° dal *regolamento d'ordine* proprio e speciale della Cassazione; 3° dal *fondo del diritto*, ossia dalla legge civile e dalle ragioni concernenti il merito della questione.

Digitized by Google

e rendere proponibili controversie di questo genere, quantunque o non trattate o non giudicate dalla sentenza denunciata. Noi non lo crediamo; ma giova trattenerci un poco sul grave argomento per combattere alcune pericolose dottrine.

Sia che avessero a subietto *la realtà* o *la persona*, certi diritti furono stimati contenere un interesse pubblico che al subito annunciarsi dovrebb'essere accolto in protezione dagli organi della giustizia, quasichè si trattasse di preservare la società civile da un pericolo. Tal era l'*azione* o *la eccezione del giudicato* (DALLOZ, Cassazione, n° 1831 e 1897); ma noi abbiamo letterale la risposta nell'articolo 517, n° 8. Nell'avvicendarsi della giurisprudenza si è data una vera importanza di ordine pubblico ai diritti di persone la cui incolumità parve interessare più che non convenisse il bene generale: tali per es. i Comuni, gli stabilimenti pubblici, le donne maritate. Ecco ciò che dice il DALLOZ, che io vengo spesso citando, come quell'autore che ha meglio studiata questa materia: « Les communes sont placés par les lois sous la tutèle « des gouvernements; *tout ce qui touche à formalités prescrites pour la conservation de « leurs droits est d'ordre public* » (n° 1843). Non potendo i Comuni stare in giudizio se non rappresentati dal loro sindaco, o se questi non fu legalmente autorizzato, ne segue che l'inadempimento di tali formalità « a été déclaré « pouvoir être proposé comme moyen de cassation, *bien qu'en première instance et en « appel, les parties aient gardé le silence sur « cet égard* » (Ivi). La giurisprudenza francese così decide (Cassazione, 19 dicembre 1831, 27 novembre 1837). Lo stesso è ritenuto rispetto agli stabilimenti pubblici (Cassazione, 7 giugno 1826). Il difetto di autorizzazione della donna maritata ottenne la medesima importanza, ma con minor concordia di pareri (DALLOZ, n° 1848 e 1849).

Teniamoci ben fermi a questo: che per noi *l'ordine pubblico è offeso da violazione del diritto quando un tale diritto sia ad esso essenziale*, in guisa che non potrebbe altrimenti consistere il normale stato giuridico: e questo interviene in supremo grado per opera del reato. In ordine alla giustizia civile, la violazione degli attributi giurisdizionali, il pervertimento delle competenze. Ma guardiamoci dall'esagerare. Guardiamoci sopratutto dalle ingiustizie. L'autorizzazione o la non autorizzazione di un sindaco, di una donna maritata, ecc., è principalmente una questione di fatto e di merito del giudizio; si doveva proporre ai giudici che potevano accogliere o rigettar l'eccezione; non potrebbe in verun modo sostenersi devoluta una tale quistione *pleno jure* alla Corte di cassazione, come quella di competenza. E non sarebbe forse una vera ingiustizia, e un trattare i litiganti *ad imparia*, se si permettesse ai Comuni e alle donne maritate di artificiosamente tacersi della eccezione sino al ricorso ed ivi proporla *ex primo* per rovesciare tutto il processo; laddove eccezioni somiglianti e non meno rispettabili, come quella di un tutore non autorizzato, di un mandatario senza mandato, non potrebbero proporsi la prima volta? Rapporto alla non autorizzazione della donna maritata abbiamo una bella sentenza della nostra Cassazione del 13 luglio 1852 (*Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, p. 375). Siamo così lontani dal ritenere siffattamente privilegiati i Comuni, che nell'art. 346 non si trovano mentovati contro la perpetua tradizione degli altri Codici. La legge circonda di guarentigie e di difese i corpi morali, e ciò è ben sufficiente a fornirli di quella gagliarda e potente capacità onde possono lottare con qualunque avversario. Ma dopo ciò, in giudizio, tutte le parti sono uguali, nè ad una deve essere scritto un diritto migliore che all'altra.

Articolo 545.

La sentenza è pubblicata dal cancelliere non più tardi della prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, mediante lettura delle parti di essa indicate nei numeri 1, 3, 5 e 6 dell'articolo 540.

Articolo 546.

La sentenza che cassa è per cura di una delle parti notificata all'altra.

Quando la sentenza ordini il rinvio ad altra autorità giudiziaria, la causa vi è portata a istanza di una delle parti con citazione in via sommaria.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. La sentenza della Cassazione può considerarsi avere due effetti, *giuridico* e *morale*. L'effetto giuridico è duplice: togliendo dal novero delle esistenze la sentenza riprovata, attribuisce giurisdizione ad un altro consesso giudiziario per decidere di nuovo la causa; determina i limiti della sua cognizione. L'*effetto morale* emana dalla stessa autorità morale della Corte suprema per cui le sue definizioni giuridiche influiscono potentemente sul nuovo giudicato, senza imporsi però, senza privare il giudice della sua libertà. Quindi il magistrato di rinvio non riceve altra legge dalla Cassazione fuor quella di rispettare i limiti che gli vengono prefissi alla estensione del giudizio (*); ma nel merito della contesa, egli può ben portare una opinione diversa da quella della Corte regolatrice, e mettersi in opposizione con essa.

2. **Precedenti storici.** — Non essendo tolto all'antico Consiglio reale di occuparsi anche del merito degli affari, quantunque la lite fosse di sovente rinviata ai tribunali, non si ebbe per conseguenza una prammatica certa; il regolamento del 1738 se ne rimetteva *à la prudence de M. le chancelier* (THOLOSAN, p. 280), che d'ordinario sceglieva il tribunale più vicino. Nacque una riforma colla legge 27 novembre 1790 (art. 21), che ordinava « qu'après « la Cassation, le jugement sera porté à l'au- « dience devant le tribunal *ordinaire qui avait* « *d'abord connu en dernier ressort* ». Fu attribuita ad un errore di redazione una disposizione che sembrò del tutto assurda, poichè commetteva agli stessi giudici il nuovo esame della causa, errore che venne rettificato col decreto 14 aprile 1791; ma dubitandosi della sua costituzionalità, le leggi del 2 brumaio, anno IV, e 27 ventoso, anno VIII, stanziarono direttamente che la causa ad altro tribunale si rinviasse (**). Ciò quanto al giudice di rinvio: sistema che fu seguito negli Stati sardi. Se non che nell'articolo 38 del regolamento per la Cassazione primamente adottato, fu introdotta una clausola soverchiamente restrittiva rispetto alla trattazione del giudizio, dicendosi ivi « che la causa sarà portata all'udienza « del magistrato, tribunale o giudice cui venne « rimandata col mezzo di citazione eseguita « dalla parte più diligente, e la nuova sen- « tenza dovrà, *senza ulteriore istruzione, es-* « *sere proferita in via sommaria sull'esame* « *degli atti che precedettero la decisione an-* « *nullata, e di quelli fattisi avanti la Cassa-* « *zione, ammesse le sole arringhe* ».

3. *Della portata e limite del giudizio di rinvio.*

Il giudizio, che per decreto della Corte di Cassazione va a rinnovarsi, ha per suo vero e proprio fondamento l'*atto di appello*, ove però le deduzioni in esso e nelle successive conclusioni spiegate, non siano state, *quanto all'oggetto*, limitate dalla decisione suprema. E si comprova anche da ciò, che il processo (eccettochè non si tratti di cassazione per incompetenza) resta in tutto com'era, se non che resta, come si direbbe, acefalo, mutilato della sentenza in cui si terminava. Si deve adunque rifare il capo a questo processo; ma essendo tanto matura la causa, la legge ordina che si riassuma con una *citazione sommaria*.

E invero il giudizio può sempre riassumersi da quel punto, mentre niuno elemento sostanziale può mancarvi dacchè il processo fu portato al suo compimento. Se nel processo stesso s'introdussero errori, la Cassazione gli ha colpiti nella sentenza, perchè la sentenza avrebbe dovuto farne ragione, non approvarli, non farsene appoggio. Ancorchè la Cassazione sia penetrata, per così esprimermi, nelle viscere del processo, dichiarando il *travisamento*; il giudice di rinvio non ha che a rivedere per conto proprio la posizione del fatto, e formandosene una idea più esatta, giudicarne. Ma queste, per ciò che ora verremo esponendo, devono aversi come semplici osservazioni generali, a giustificare la formula riassuntiva.

O ragionevole imitazione che sia stata dei metodi francesi e napoletani, o sforzo della giurisprudenza che ogni giorno sente lo stimolo della ragione pratica che la spinge a progredire, senz'aiuto della legge letterale, si è venuti quietamente al punto, non dovere il nuovo giudizio chiudere le porte a nuove istanze e deduzioni; poichè una volta che si deve riassumere, merita conto che si perfezioni anche dal lato della verità. Ciò che in ordine al fatto o al diritto fu soggetto della

(*) Tutto ciò di fatti che riguarda la competenza è autonomo, è imperativo, categorico, per usar quella frase, nella Corte suprema, e s'impone senza replica a tutta la magistratura giudicante.

(**) Quantunque non occorra al nostro scopo limitato a qualche appunto storico per aver presente l'origine della istituzione, ricordo solo per esattezza che il sistema di rinvio era diverso, non essendo allora necessario al ricorso in cassazione una sentenza d'appello.

cassazione, ritorna in problema, ricade nell'esame del magistrato che in ogni parte, nei limiti del rinvio, è surrogato a quello la cui sentenza fu annullata. Giusto è adunque lasciar libera la parola ai contendenti. Ma ci rimangono a sciogliere alcuni dubbii di gran momento.

a) Se sia lecito nel giudizio di rinvio cangiare le conclusioni già prese e fare domande nuove.

b) Se il tenore della sentenza di cassazione conduca talvolta e di necessità a tale conseguenza.

c) Se il giudice di rinvio possa ordinare una nuova istruzione; se incidenti possano promuoversi e nuovi documenti prodursi.

d) Se il giudice di rinvio, postochè non sia stata cassata che una sentenza interlocutoria, si ritenga investito di tutta la lite.

e) Se al giudice di rinvio spetti lo interpretare la sentenza di cassazione.

f) Se il giudice di rinvio sia competente per risolvere le questioni che nascono relativamente agli atti di esecuzione e ai giudicati che hanno causa nella sentenza annullata.

g) Se il giudice di rinvio sia competente a conoscere delle appartenenze sopraggiunte dopo il giudicato che fu colpito dalla cassazione.

Non bisogna perder di vista che si tratta di un processo condotto al suo termine; e il processo non deve rifarsi. Si oltrepassò dunque quello stadio in cui il punto di questione è interamente concordato e divenne immutabile (articoli 176, 350, 400). Ciò non impedisce alle parti di esibire memorie o deduzioni ulteriori, che senza mutare lo stato della questione obiettiva, possono eziandio richiamare l'attenzione dei giudici sopra il nuovo aspetto che il diritto viene ad assumere dalla sentenza della Cassazione.

Per certo la situazione giudiziaria potrà essere spostata, userò questa frase, da una decisione della Corte suprema che renda impossibile a taluno dei litiganti il persistere nelle anteriori conclusioni, e costringa a cangiarle: Darò un esempio: Pietro domandò con azione vindicatoria la restituzione di un fondo da Paolo. Questi si difese costantemente, allegando la eccezione della cosa giudicata. La Corte d'appello gli diede ragione. La sentenza fu cassata perchè non si verificavano gli estremi della cosa giudicata. Nel giudizio di rinvio Paolo si vede costretto di ricorrere ad altra difesa. Egli, suppongo, dirà che Pietro ha stipulato un patto *de non petendo*, che gli ha garantito il godimento del fondo in forza di correspettivi che ha avuti, e produrrà documenti per dimostrarlo. Ecco invero un nuovo sistema di difesa, conclusioni nuove, ed anche documenti nuovi, quasi sfidando le disposizioni di legge surricordate. Ma caduto dal mezzo in cui aveva principalmente sperato, senza valersi di mezzi subordinati come avrebbe potuto fare, niuno dirà che nel nuovo giudizio debba lasciarsi condannare senza difesa.

I quesiti c) e d) si collegano strettamente. Non vi è nulla di più comune dell'annullamento di una sentenza interlocutoria. Questione se il magistrato di rinvio sia investito anche della cognizione del merito. La Corte di cassazione gli rimanda il giudizio *che sarà di ragione*. Essa ha d'uopo di una formula sobria insieme e comprensiva; a dir proprio, di una formula generale per tutti i casi. Se pertanto *sia di ragione* che il magistrato di rinvio giudichi definitivamente la lite, la formula gli concede questa facoltà. E come può essere altrimenti? Se il magistrato, la cui interlocutoria sentenza è stata cassata, non può riassumerne l'esame che ad altro magistrato è demandato, evidentemente non può del merito giudicare, ripugnando che si possa avere e non avere nello stesso tempo giurisdizione a decidere una lite, la quale adunque interamente devolve al giudice di rinvio (Corte di Nizza, 7 marzo 1856, BETTINI, t. II, pag. 298; di Torino, 18 novembre 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 418; 24 novembre 1858, BETTINI, tom. I, pag. 739) (*).

Fermiamo adunque questo postulato — che il giudice di rinvio, a cui è rimessa la causa dalla Cassazione dopo l'annullamento di una sentenza interlocutoria, è investito di tutta la causa per pronunciare anche sentenza definitiva — a termini di ragione.

La stessa conclusione deve adottarsi nella ipotesi che sia stata annullata una sentenza provvisionale; il magistrato che la pronunciò non ha più giurisdizione; ha detto bonissimo il PISANELLI nel *Commentario al Codice sardo* (vol. 4, n° 1002 e seg.), *sono poteri inseparabili* — non si può avere giurisdizione per l'incidente, e non per la questione principale, eccettochè non sia necessario limitarsi alla de-

(*) Vengo citando queste e qualche altra decisione per ciò che vi può esser di relativo a questa massima, che però io esamino razionalmente e come la logica addita; e in gran parte trovo consenziente l'illustre PISANELLI nel *Commentario*, vol. IV, cap. XIII. La materia è poco trattata teoricamente; e lo stesso DALLOZ a questo punto sembra venir meno alla sua solita fecondità ed abbondanza.

cisione dell'incidente, e mi affretto a dichiarare la proposizione.

Se in appello non fu portata che la questione incidentale; se l'appellante si limitò a chiedere la riforma dell'interlocutorio; se infine il secondo giudice non fu investito della cognizione del merito; ovvero si trova (il che per l'effetto torna lo stesso) che il secondo giudice deve restringersi alla cognizione dell'interlocutoria per non far perdere al soccombente un grado di giurisdizione, in simili contingenze il giudice di rinvio, surrogato al magistrato che commise il fallo, dovrà egli pure rispettar questo limite; e nasce allora una posizione di cose un poco illogica, ma che è la conseguenza del sistema.

Se il giudice di rinvio riforma (ripara, come ora si dice) l'interlocutorio, la causa riprende il suo corso naturale; rinviene al giudice di prima istanza per la decisione di fondo, passa indi in grado d'appello a quel magistrato la cui sentenza interlocutoria fu censurata. È questo un caso che si direbbe di limitazione forzata alla proposizione generale che sopra si è posta; che il magistrato censurato nell'interlocutorio ripigli autorità per la decisione del merito; ma in fatto si è che il giudice di rinvio ebbe già esaurita la sua giurisdizione, e quindi non si può tornare a lui; e d'altra parte può dirsi che viene ad instaurarsi un del tutto nuovo giudizio.

Ma dato che il giudice di rinvio sia investito anche della cognizione del merito, si risolve facilmente il quesito se possa *ordinare nuova istruzione* (Cassazione, 19 febbraio 1858, BETTINI, tom. I, pag. 207), mentre la causa è immatura, mentre nuove prove o di giuramento o d'altro possono abbisognare; e quindi è ovvio che nuovi documenti possono prodursi (Corte di Genova, 31 gennaio 1859, *Gazzetta dei Giuristi*, tom. VI, pag. 302).

La interpretazione della sentenza della Cassazione non può esser sottratta alla Corte di rinvio: principio generale, ogni giudice interpreta, vale a dire scruta ed estima i placiti supremi cui deve uniformarsi; altrimenti che sarebbe l'ufficio suo? Se per disavventura, male intendendo le facoltà che gli sono attribuite, cadesse in errore, anche la sua decisione sarà cassata. Ecco il circolo perpetuo in cui ci aggiriamo.

Osservando d'un tratto i quesiti *f*) e *g*), dico che tutte le controversie di quel genere devolvono al giudice di rinvio. È il solo giudice possibile. La Corte d'appello rimase esautorata. Conservando sempre tali quistioni un carattere accessorio e incidentale, devono appoggiarsi al magistrato investito della cognizione di fondo; ebbene, esso è il giudice di rinvio che emerge, a dir così, dalla ruina del giudicato, e riassume cogli antichi i nuovi poteri creati dalla situazione che è venuta a formarsi dopo la cassazione. È letterale l'articolo 571 del capoverso 1°. In questo senso abbiamo alcune decisioni (oltre le due sopra citate, Corte suprema di Napoli, 22 giugno 1847, ALBIVINNI, tom. VI, pag. 276; 11 settembre 1852, ivi tom. X, pag. 318; Cassazione, 24 novembre 1858, BETTINI, t. I, pag. 739; 3 giugno 1856, ivi, pag. 594) (*). Similmente il giudice di rinvio è il solo competente per decidere le sopravvenienze prodotte dal tempo, che aumentano o forse anche riducono i termini della questione agitata in prima istanza. Ad esempio, se ulteriori scadenze di frutti si fossero verificate, se innovazioni dannose praticate, e via discorrendo.

Qui voglio avvertire che la stessa sentenza, divisa però in capi indipendenti, può riuscire a giurisdizioni al tutto diverse da quelle che per legge normale sarebbero ordinate, se non ci fosse stato di mezzo il peccato a guastare l'opera della legge e a produrre una situazione artificiale, suppletiva, e con precisione di termini, riparatoria.

La sentenza che si divide, per esempio, in due capi indipendenti; per quello che rimase fermo, segue l'ordinario suo corso esecutivo: il tribunale o la Corte che la pronunciò, risolve, come sia diritto, le questioni di esecuzione; ma rapporto al capo annullato altri giudici subentrano. Ben vedete che non si tratta più di far procedere la esecuzione, ma di troncarla e distruggerla nei suoi effetti; si tratta di restituzione, di reintegrazione, di emenda, di danni, si va insomma nel senso del tutto opposto. Si è già detto che questo stato di cose è portato alla cognizione del giudice di rinvio.

4. *In quanto la precedente procedura si debba o no considerare per escludere il diritto di contumacia e la deserzione d'appello.*

Il citato che non comparisce sulla nuova citazione in grado di rinvio, sarà trattato come contumace?

È grave motivo di dubbio ch'esso, in ipotesi, comparve nell'anteriore giudizio, contestò la lite, esercitò amplamente il diritto di difesa. L'attuale questione non si discute forse sullo

(*) La massima è stata trattata nelle Annotazioni all'articolo 543.

stesso processo? Si è già veduto che per varii rispetti il giudizio di rinvio non è che una prosecuzione del precedente.

E se il citato fosse rimasto contumace nell'anteriore giudizio, la sua contumacia sarebbe stata dichiarata, le formalità che l'accompagnano sarebbero state praticate; come adunque la contumacia dovrebbe pronunciarsi di nuovo?

A cotali argomenti, che mi fecero dapprima molta forza nell'animo, si risponde, sembrami giustamente: che la presenza o assenza da un giudizio è un fatto che si verifica *actu*, cioè *in quella sede in cui si tratta la causa*; che rapporto all'unità o conformità delle prove, e alla identità della questione, il processo può dirsi continuativo, ma la sede, diversa essendo l'autorità giudiziaria, è certamente diversa; che avviene ugualmente in sede d'appello: benchè il processo sia quello stesso e non si ammettano *nuove domande* (mentre più ampio è il giudizio di rinvio), chi comparve in prima istanza può rendersi contumace in appello. Ne segue che, dato pure che si fosse dichiarata e consumata la contumacia nel giudizio ordinario, d'uopo è dichiararla di nuovo, se abbia luogo, in sede di rinvio (*).

Credo di avere avvertito a suo luogo che la parola *deserzione* non si legge più nel Codice di procedura. In effetto però *manderebbe deserto* (*vadimonium desereret*), abbandonerebbe l'appello chi dopo aver citato non recasse negli atti la citazione, non costituisse procuratore, o non esibisse gli atti del primo giudizio secondo l'articolo 489. La legge, così eccessivamente sobria nel tracciare questo procedimento, non ripete, non reimpone veruna di quelle discipline; si può tuttavia ritenere che, mancando a tali doveri, proprii di colui che si fa attore in un giudizio, dovrebbe questo cadere. Ma ciò che importa stabilire, ciò che può avere una seria importanza nel caso pratico, egli è se l'effetto delle avvisate mancanze sia quello precisamente sancito dall'art. 489: cioè *la reiezione dell'appello*. E io non converrei coll'illustre PISANELLI (*Commentario al Codice sardo*, vol. 4, n^i 1014, 1005) nel concludere la *deserzione d'appello*, non potrei veramente trasportare una disposizione così severa, e non priva di carattere di penalità, dal luogo ove giace, ad un istituto diverso, là dove non se ne fa menzione, e in combinazioni giudiciarie, sotto questo rispetto, affatto dissimili. Io dunque opino che sino alla perenzione il giudizio di rinvio possa dall'una o dall'altra parte riassumersi; che non producendosi gli atti del giudizio da una possano presentarsi dall'altra; compulsarsi ove occorra; ma non comprendo la *deserzione d'appello*.

Articolo 547.

Quando dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda, pronunziata dall'autorità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, la corte pronunzia a sezioni riunite.

Se la seconda sentenza sia cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della corte di cassazione sul punto di diritto, sul quale essa ha pronunciato.

Annotazioni.

Precedenti storici. — Il sistema della libertà delle Corti di merito, non raffrenata che da una riprensione morale, non si è potuto a lungo conservare: le liti devono finire. Ma quale autorità dovrebbe sorgere ed imporsi al dissidio? Il quesito d'identità, posto precisamente nei termini del nostro articolo, fu, come è noto, variamente risolto. Stanziò la legge francese del 27 novembre 1799, che dopo due decisioni della Corte suprema, concordi nel cassare sentenze successivamente conformi di due magistrati di merito nella stessa causa, alla terza sentenza la Cassazione dovesse tacersi; il punto di diritto dovrebbe sottoporsi al Corpo legislativo, al cui placito avrebbe dovuto uniformarsi la stessa Corte di cassazione. La costituzione del 5 fruttidoro, anno III, articolo 256, adottando lo stesso sistema, trovò sufficiente la pronuncia di una sola sentenza opposta in principio a quella della Corte di cassazione. L'articolo 78 della Legge del 27 ventoso, anno VIII, deviando dalla interposi-

(*) Può soccorrere come argomento *a contrario* l'articolo 472.

zione del governo, dichiarò che dopo l'annullamento di una sentenza, impugnandosi una seconda cogli stessi mezzi, si avesse a tornare alla Corte di cassazione, che giudicava *a sezioni riunite*. Fu detto che quella legge non conchiudeva a nulla, non sapendosi se tale decisione, comunque tanto solenne, fosse terminativa della lite. Piacque il sostenere che non era terminativa, e nuove riforme inaugurava la legge 16 settembre 1807. L'annullamento di due sentenze appoggiate negli stessi mezzi, pronunciato nella stessa causa dalla Corte di cassazione, era caso d'interpretazione legislativa. La stessa Corte di cassazione poteva invocarla; ma facendolo, doveva sentenziare a classi riunite, alla presenza del gran giudice. Ad una terza decisione di fondo ribellantesi al responso della Cassazione, *l'interpretazione del governo era di diritto.*

Come ognun vede, non fu dimenticata l'origine politica della istituzione. L'autonomia giudiziaria fu sempre ombrosa al governo imperiale; impadronitosi del supremo giudizio del diritto, la Cassazione cade esautorata innanzi a lui, e sottostà fin anche alle Corti d'appello, talvolta a un semplice tribunale. Con questo la istituzione stessa era condannata, e non aveva più ragione di esistere. Troppo direi se io volessi fare la critica di tale sistema. La legislazione italiana, anche prima d'ora, rivendicò nobilmente al poter giudiziario i suoi diritti, restituì alla Corte suprema la sua dignità, al concetto morale dell'unità giuridica la potenza di attuarsi.

Osservazioni sull'articolo.

Entriamo noi forse nella teoria della cosa giudicata? Si tratta forse di guarentire il principio di generale interesse che in essa riposa? Grand'errore sarebbe il pensarlo. L'eccezione della cosa giudicata si fonda in una sentenza che può essere emanata bensì nella stessa come in altra causa, ma sempre in una sentenza passata in giudicato. Qui noi abbiamo un giudizio ancora pendente; si tratta appunto di stabilire il giudicato, che ondeggia fra diversi pareri, in un responso solenne della Corte suprema. Del resto confrontando il dettato del nostro articolo 547 col 1351 del Codice civile, la differenza appare evidente: la forza e la ragione tutta quanta dell'articolo 547 sta *nella identità dei mezzi o motivi*. Perchè questo? *Perchè non è solamente al risultato* che qui si mira, ed a mantenere una decisione che dovrebbe guarentirlo; voi capite bene che se la Corte di cassazione avesse sì trascendente autorità, dovrebbe averla per ogni caso e per ogni sua decisione. Questo non è altro che uno spediente per finire una lite che sembra lanciarsi in un circolo senza uscita; per il quale interesse generale, per il quale bisogno da tutti sentito, è d'uopo anche una volta subordinare il principio di libertà a quello di autorità. Se alcuno stimasse che vero e principale scopo di questa legge fosse la uniformità del principio giuridico, lo prevengo ch'egli pure andrebbe errato. Non lo escludo però, ma ripeto non essere il vero e principale, sia perchè infine la missione della Corte suprema non è che morale, sia per potersi dimostrare che qualche volta non si tratterà che di un principio così strettamente annesso e compenetrato nel fatto, che potrà riuscire una decisione d'*espèce*, come dicono, non meritevole di una proclamazione tanto solenne. È stato travisato un fatto, secondo l'avviso della Corte suprema? Se la seconda Corte d'appello tornerà all'inversione del fatto che fu già censurato, la Cassazione, per nuovo esame, a sezioni riunite, annullerà quella sentenza; e il nuovo giudice di rinvio dovrà accettare quella definizione, e ad essa conformare le sue decisioni di diritto, che nel resto gli rimangono pienamente libere.

Prima condizione è pertanto che *il ricorrente si riproduca in cassazione cogli stessi mezzi;* senza ciò non sarebbe luogo a convocare le Sezioni. Seconda, che la Corte così formata vegga e si persuada che la sentenza dev'essere cassata. Terza, che *i motivi di annullamento siano identici.*

La Cassazione non è legata dalla sua propria decisione; novelli elementi personali s'introducono, la discussione è riassunta con maggior forza. Se nel ricorso si aggiungono agli antichi dei *nuovi mezzi*, *la Sezione civile* potrà per questi cassare la sentenza; se i nuovi mezzi troverà inconcludenti, saranno convocate le Sezioni; la Corte di rinvio *dovrà accettare il punto deciso*, ma potrebbe per altre ragioni concludere come prima.

Per questa suprema identità che si ricerca, è pure necessario *che le parti agiscano nella stessa qualità.* Ed è una riprova che la legge è meno ansiosa di stabilire un principio, che di finire una lite nell'interesse delle parti; risposta a quelli che ravvisano nella Cassazione una specie di accademia scientifica che non fabbrica che teorie. Se Tizio in veste di curatore fu respinto nella sua domanda, che poi gli è dato di riprendere nel suo interesse personale, sostiene la tesi *cogli stessi mezzi*, per verità la questione di principio è sempre quella: ma le parti sono cangiate.

Digitized by Google

Articolo 548.

Il cancelliere della corte trasmette copia della sentenza di cassazione all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata, per essere scritta ne' suoi registri.

Articolo 549.

Le sentenze della corte di cassazione non sono soggette nè a opposizione, nè a rivocazione.

Annotazioni.

« Le seul moyen pour revenir contre les décisions de la Cour de cassation est la *prise à partie;* il n'y en a pas d'autres », dice il CHAUVEAU all'articolo 480 del Codice di procedura. Vedremo, esaminando l'articolo 785, quanto questa proposizione sia giusta.

SEZIONE IV.

Della rinunzia al ricorso per cassazione e del ritiro delle carte e dei documenti.

Articolo 550.

La rinunzia al ricorso per cassazione deve farsi con ricorso sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la corte, munito di mandato speciale per quest'oggetto.

Il ricorso può essere presentato in qualunque tempo, purchè prima delle conclusioni del ministero pubblico.

Quando la parte contraria abbia presentato controricorso, il rinunziante deve rimborsarle le spese fatte e risarcirle i danni sofferti, salvo che la rinunzia sia stata effetto di transazione tra le parti.

Annotazioni.

Intendiamo *le conclusioni del pubblico ministero fatte alla udienza.* La rinunzia tardiva non preserva il ricorrente dalla perdita del deposito. E neppure se *la rinunzia sia l'effetto della transazione*: cioè di un atto consensuale di ambe le parti che, quantunque non porti quel nome e non sia motivato, sarà considerato come transazione agli effetti del 2° capoverso dell'articolo 550.

Articolo 551.

La rinunzia al ricorso per cassazione è notificata all'avvocato della parte contraria, o alla parte stessa, se questa non abbia presentato controricorso.

Il cancelliere dà avviso dell'ammissione della rinunzia agli avvocati delle parti.

Articolo 552.

Quando una delle parti si trovi nella necessità di avere in comunicazione le carte o i documenti presentati, se siano trascorsi i termini durante i quali devono

Digitized by Google

rimanere nella cancelleria per la comunicazione alla parte contraria, il presidente può autorizzare la comunicazione chiesta, stabilendo un termine per la restituzione.

Se la restituzione delle carte e dei documenti non sia fatta nel termine stabilito, la parte che le ritirò può essere condannata in una multa estendibile a lire cinquecento.

Annotazioni.

È un caso speciale. La penalità, invero assai grave, comminata in questo testo, non si applica che a quella parte che domandò comunicazione *dopo i termini consueti;* domanda fuori di tempo che associata alla mora della restituzione fa pensar male, e la legge se ne piglia e aggrava la mano. Il termine ordinario della restituzione è quello dell'articolo 531, capoverso 3°.

FINE DEL LIBRO PRIMO.

Digitized by Google

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

LIBRO SECONDO

Digitized by Google

Digitized by Google

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO SECONDO

DELL'ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE, DELLE ORDINANZE E DEGLI ATTI RICEVUTI DA UN UFFIZIALE PUBBLICO

TITOLO I.

REGOLE GENERALI SULL'ESECUZIONE FORZATA

OSSERVAZIONI GENERALI

Se questa parte interessantissima della procedura abbia richiamata l'attenzione del legislatore, ne siano prova le parole del Ministro guardasigilli, che io credo di dover ripetere « La esecuzione forzata è tra le parti più importanti della legislazione perchè presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia d'ordine economico; assicurare, da una parte, il diritto del creditore; mantenere dall'altra il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sicchè diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare le garantie del credito e le garantie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza: tali sono i precipui problemi a sciogliere ». Dalle elevate considerazioni riluce la mente del legislatore, la buona volontà almeno, e lo scopo che si è proposto.

Articolo 553.

L'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo.

Articolo 554.

Sono titoli esecutivi:

1° Le sentenze.

Quelle pronunziate dalla corte di cassazione sono titoli esecutivi pel paga-

Digitized by Google

mento delle spese e delle indennità liquidate in esse, oltre le spese delle sentenze medesime e della loro notificazione;

2° Le ordinanze e gli atti, ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo;

3° Gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro uffiziale pubblico autorizzato a riceverli.

Annotazioni.

1. Quali condanne la Corte di cassazione abbia a pronunziare, rigettando il ricorso, è significato nell'articolo 541. Le spese sono liquidate nella sentenza. Per queste e per la confisca del deposito la sentenza *è titolo esecutivo*; pei danni che si riservano (articolo suddetto) non è che *titolo d'azione*, mancando il quale l'azione del danno non potrebbe esercitarsi (*V.* articolo 571).

2. Il Codice fa menzione di *ordinanze* ed atti resi esecutivi dalla legge negli articoli 182, 267, 288, 329, 377, 379, 388. Non deve dirsi altrimenti di quelle ordinanze che sono ricordate negli articoli 177, 239, 552. È d'uopo che sia così, mentre, se parliamo delle ordinanze, includono condanna proferita dal giudice singolare, che però essendo autonomo in queste funzioni pronunzia definitivamente. L'atto di *sottomissione alla cauzione* (articolo 329) è una obbligazione giudiziale, emesso a scopo determinato, avanti pubblico ufficiale, cui è attribuita la efficacia e la virtù di sentenza.

3. Il *titolo esecutivo in genere* può definirsi un atto dell'autorità pubblica, rivestito delle forme volute dalla legge, per l'impero del quale l'uomo è tenuto di prestare un fatto o una cosa sotto la obbligazione dei suoi beni o della sua persona. Anche gli *atti contrattuali ricevuti da notaro* o *da altro uffiziale pubblico autorizzati* hanno questo carattere e questa potenza. Ciò è in relazione colla prima parte dell'articolo 1313 del Codice civile.

4. Tanto imperio non può venire all'atto che mediante l'organo legale che è l'uffiziale pubblico; ci consta dalla Relazione ministeriale che questo fu il riflesso decisivo per cui non venne seguita la legislazione di altri paesi che dànno luogo fra i titoli esecutivi anche a scritture private riconosciute autentiche. « Fu esa« minato, ivi si disse, se dovesse attribuirsi « forza esecutiva a scritture private, massime « ora che sono atte a costituire ipoteca (*) « sull'esempio della legge toscana che attri« buisce forza esecutiva alle scritture private « riconosciute da notaro. Ma ciò non fu am« messo, sembrando troppo necessario che la « forza esecutiva non possa esser conferita *se « non dagli atti che emanino direttamente da « pubblici ufficiali.* » Certamente l'atto pubblico, circondato dalla legge di molte guarentigie, deve avere efficienza distinta e più vigorosa. Si può aggiungere che questo avviene per volontà stessa del debitore. Si obbliga di più chi si obbliga in forma più solenne.

5. Non occorre il dire che la esegnibilità dell'atto pubblico dipende dalla qualità del debito che si domanda. Questo effetto è regolato da un'altra legge (articolo 568). Se le somme chieste non sono liquide e certe, se devono ancora determinarsi i diritti genericamente pattuiti, se trattasi di svolgere azioni che sono bensì, o almeno si crede, fondate nell'atto pubblico, ma sono suscettive di esame, di discussioni, e combattute da eccezioni, mancherebbe *la materia stessa della esecuzione*: e vi sarebbe invece la materia d'una lite.

6. La potenza esecutiva inerente all'atto contrattuale denota ch'esso alla verità morale di cui si reputa custode, rinnisce l'impronta della legalità, quale suggello dell'autorità pubblica. Tuttavia non è lecito confondere la virtù esecutiva colla ragione intrinseca dell'atto; paragonare, lo dirò più chiaramente, l'istrumento di confessione di debito colla sentenza definitiva. Al movimento e alla speditezza degli affari, al bisogno di raggiungere prontamente un debitore che fugge e si nasconde alle sue obbligazioni, al rispetto d'impegni sacri e solenni che la legge vuole imprimere col secondarne il soddisfacimento, si trova consenziente il favorire le esecuzioni, come spesso si vede nelle disposizioni del Codice, quantunque il titolo esecutivo rimanga ancora assai problematico (**). L'atto pubblico può paralizzarsi in faccia ad una querela criminale (articolo 131 del Codice civile); può cadere trascinando gli autori nella stessa ro-

(*) Art. 1798 del Codice civile. Si osserva però che per l'art. 2178 del Codice civile albertino, aderente all'articolo 2153 del Codice civile francese, la scrittura privata riconosciuta in giudizio produceva ipoteca.

(**) Tali sono le sentenze che ordinano la esecuzione provvisoria, benchè soggette ad opposizione o appello.

vina; può essere contraddetto in forza di altri atti non meno solenni che ne distruggano l'azione (vedremo in altro luogo in qual modo e in qual punto del processo esecutivo). Intanto esso vive della energica sua vita, e la sua eseguibilità è provvida e giusta.

Ma la eseguibilità dell'atto pubblico è semplicemente una facoltà del creditore. È stato osservato dagli scrittori, che l'atto pubblico non potrebbe eseguirsi *per gl'interessi*, i quali decorrono dalla domanda che si fa in giudizio; più ancora, che non potrebbe il creditore ottenere ipoteca, non essendo il suo credito (che supponiamo chirografario) giudicato per sentenza. Ne conclndono codesti scrittori che il creditore istrumentario può prescindere dall'eseguire il suo titolo, può domandare in giudizio il suo credito cogli accessorii di ragione, *e non può esser respinto per mancanza d'interesse* (DÉNISART, v° *Intérêts*; PIGEAU, *Proc. civ.*, t. I, p. 43, not. 6, *Traité*, t. I, p. 66; CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 1898). Le osservazioni sono vere. Soltanto rapporto ai frutti del capitale stipulato conviene intendere che i frutti stessi non siano stati stipulati, altrimenti possono, se scaduti, comprendersi nella esecuzione. In nessun modo, secondo me, potrebbe il creditore respingersi per difetto di interesse, ancorchè non si trattasse di frutti da chiedersi espressamente: si ha sempre interesse di ottenere in giudicato e di consacrare per esso, usando la solita frase, i proprii diritti. Non è meno manifesto che la eccezione, per ciò che riguarda il capitale, non osta alla domanda dei frutti in giudizio.

7. La sentenza degli arbitri è resa esecutiva per decreto del pretore (articolo 24). La cancelleria del pretore è anche l'officina da cui derivano le copie esecutive.

Articolo 555.

L'esecuzione, salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente, non può avere luogo che sulla copia del titolo spedita in forma esecutiva.

La copia da notificarsi al debitore, se si tratti di atti contrattuali, può essere fatta dall'usciere.

Annotazioni.

La *copia da notificarsi* è la copia della copia spedita dall'uffiziale pubblico, custode e garante dell'atto, e potrebbe credersi fosse indifferente da qual mano venisse fatta. Eppure dopo l'articolo 555 non è più così. *Se trattandosi di atti contrattuali* tale copia *può esser fatta dall'usciere*, ufficiale pubblico anch'esso (che dovrà dichiararlo, o sottoscrivere la copia stessa come da lui eseguita), ne segue che la copia da notificarsi, quando si tratta di sentenza, dovrà venirci pur essa dalla mano fedele del cancelliere o de' suoi addetti. Avviso a chi spetta per non incorrere nelle severe riprensioni dell'articolo 558.

Alcune osservazioni che faremo all'art. 562 saranno opportune a mostrare che la legge ha le sue buone ragioni.

Articolo 556.

Le copie in forma esecutiva devono essere intitolate in nome del Re, e terminare colla formola seguente:

Comandiamo a tutti gli uscieri che ne siano richiesti, ed a chiunque spetti, di mettere ad esecuzione la presente, al ministero pubblico di darvi assistenza, a tutti i comandanti ed uffiziali della forza pubblica di concorrervi con essa, quando ne siano legalmente richiesti.

L'atto contrattuale spedito nella detta forma deve essere legalizzato dal presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione fu ricevuto, se l'esecuzione debba farsi in altra giurisdizione.

Articolo 557.

Le copie in forma esecutiva possono spedirsi soltanto alla parte, a cui favore fu pronunziata la sentenza o l'ordinanza, o fu stipulata l'obbligazione.

Digitized by Google

In fine dell'originale e della copia si fa menzione della parte a cui è spedita.

Non possono spedirsi nuove copie in forma esecutiva alla stessa parte, senza autorizzazione data, quanto agli atti giudiziali, dal conciliatore, dal pretore, dal presidente del tribunale o della corte da cui emanarono, e quanto agli atti contrattuali, dal presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione furono ricevuti.

L'autorizzazione non può concedersi se non in contraddittorio o in contumacia delle parti regolarmente citate; e rimane annessa all'originale. Nella nuova copia si fa menzione dell'autorizzazione.

Annotazioni.

1. La formola esecutiva è apposta *nella copia* sì della sentenza che dell'atto pubblico; e, come si dice, *sulla spedizione*, sul titolo insomma che deve eseguirsi. Formola sacramentale, di cui ogni sillaba è necessaria, di cui ogni difetto produrrebbe nullità. In ogni altra copia dev'essere ripetuta; senza ciò l'esecuzione sarebbe un abuso dell'autorità pubblica, ed espone l'ufficiale eseguente a gravi pene.

2. *La copia munita della formola esecutiva è opera esclusivamente del pubblico ufficiale che ha la missione di custodire l'originale.* La legge procede in questa materia con una severità spinta allo scrupolo. Il tribunale, e molto meno il presidente del tribunale, non ha facoltà di aggiungere ad una copia non spedita formalmente l'ordine esecutorio. Tale funzione gli è assolutamente estranea (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1898, sex).

3. *Della copia notificata da non potersi convertire in copia esecutiva.*

A niuno sfugge la differenza che passa fra la importanza di una copia costituente titolo esecutivo, e quella di copia bensì autentica, ma non ordinata a tal fine. Quindi la regola dell'art. 913, che vedremo informato ad altro spirito, è profondamente modificata dall'articolo 557. L'ordinamento e la distribuzione delle copie degli atti pubblici tiene un posto segnalato nelle moderne legislazioni, sollecite di porre su basi regolari il sistema delle prove. Ma quando questa copia *è un titolo esecutivo*, nulla di più pericoloso che la moltiplicità; la legge non vuol armarne che quella parte *a cui favore fu pronunziata la sentenza* o *la ordinanza*, o *fu stipulata l'obbligazione*. Inoltre. La stessa parte non può ricavarne più di una copia; e se mai potrà conseguirne un'altra, l'articolo 557 è là per dirci a qual prezzo. Deve fare un giudizio, quanto dire, giustificare la sua domanda in confronto dell'altra parte. Giustificare che per un fatto qualunque, e non per proprio dolo, la copia che gli fu rilasciata non esiste più; è perita. Il caso più ovvio, e anche più difficile a provarsi, sarebbe lo smarrimento. Ad una legge piantata su tanto rigore, sarebbe perfettamente inutile il rispondere che il creditore, anche munito di due copie esecutive, non potrebbe farne eseguire che una sola.

4. *Se più essendo le parti che vi hanno diritto, possano spedirsi più copie esecutive.*

Lodiamo la sobrietà, ma *se più sono le parti* o nella causa vincenti, o stipulanti nel contratto, ognuna delle quali ha diritto di far eseguire il giudicato, dovremo restringerci sempre a una sola copia esecutiva? E questa copia fra gli aventi interesso a chi la daremo?

Ciò che vi ha di positivo nella legge è questo, che *la stessa parte* non può ritirare più di una copia in forma esecutiva; ma la legge non avrebbe potuto per qualunque sforzo di volontà, impedire che le parti che riportarono sentenza favorevole fossero in numero plurale. La legge adunque sarà eseguita fin dove potrà esserlo. È ben diritto che ciascuna delle parti abbia la sua copia in forma esecutiva, per la manifesta ragione che ciascuna ha facoltà di eseguirla nella portata del suo interesse, indipendentemente dall'altra.

L'individuità o solidarietà degli interessi sembra render meno sensibile cotale necessità; infatti una volta eseguita la sentenza o il contratto (che in questo luogo ha carattere e virtù di sentenza), lo sarebbe a favore di tutti. Se non che avendo ciascuno degli individui componenti questa specie di associazione giuridica uguale diritto ad avere la copia, nè l'uno potendo all'altro preferirsi, ne seguita che a ciascuno deve darsi la copia esecutiva quando singolarmente la richieda. Vi è ancora da riflettere, che la solidarietà, in quanto riguarda l'*esercizio dei diritti*, non esiste; un creditore solidale può ben essere soddisfatto del suo credito, può astenersi dall'esecuzione o rinunciarvi; insomma se non si vuol confondere la solidarietà attiva colla *rappresentanza*, non si potrà scegliere un individuo per conse-

gnare a lui la copia in forma esecutiva per renderlo arbitro, come oggi suol dirsi, della situazione, e trascinare tutti gli altri in un giudizio in cui forse non vogliono stare. Ho fatto motto di rappresentante. Nessun dubbio che il rappresentante per es. d'una società commerciale, il sindaco d'un fallimento, il tutore di più pupilli, si consideri *parte* in cui si riuniscono gl'interessi di molti singoli.

La sentenza può contenere insieme la condanna del convenuto e quella del garante tenuto al rilievo. L'attore e il garantito hanno rispettivamente il diritto di procedere alla esecuzione; e perchè non potrebbero amendue chiedere una copia in forma esecutiva della sentenza?

Non direi altrettanto del cedente e del cessionario, dato che il primo si fosse spogliato di ogni diritto o non fosse intervenuto nel giudizio.

Da ciò si vede che questo semplice fatto del rilascio della copia esecutiva, riassumendosi in sostanza in un titolo esecutivo e in un mezzo formidabile di persecuzione legale, può suscitare le sue questioni. Questioni che un subalterno e meccanico funzionario qual è un cancelliere o un notaio (intendo nella contingenza presente) non potrà corto risolvere. Il rifiuto del funzionario, innanzi ai cui occhi balena la sinistra luce dell'art. 558, stretto dall'esigenza di questo medesimo articolo, può anche motivare un giudizio che dovrebbe praticarsi colle norme qui pure statuite, per diverso caso è vero, ma che non sono meno applicabili.

5. Una parola del *procedimento*. La citazione sarà proposta in via sommaria. Sarà notificata, giusta il disposto dell'articolo 368. La contumacia non sarà dichiarata, se la citazione *fu eseguita in persona propria* (articolo 382) e in tutto conforme ai sistemi statuiti nelle rispettive giurisdizioni, non sembrando a me che l'articolo 558 contenga qualche cosa di derogativo nei modi della contumacia.

Se la sentenza emanò dal giudice d'appello, è forse questi competente nella questione della copia? Può esserlo senza dubbio, o la prova è chiara in quelle parole del testo — *o della Corte.* — Io mi regolerei colla distinzione che fra *riforma e conferma* introduce e sancisce l'articolo 482. Se la sentenza del primo giudice sia stata confermata, dovrà ritenersi anche per implicito, ad esso appartenere questa cognizione che riguarda l'ordine esecutivo. *La sentenza si reputa emanata dal primo giudice quando fu confermata.*

Articolo 558.

Il cancelliere, notaro, o altro uffiziale pubblico che contravvenga alla disposizione dell'articolo precedente incorre in una multa estendibile a lire trecento, salvo l'applicazione delle pene più gravi alle quali il fatto dia luogo.

Annotazioni.

Si prevede persino *il dolo e la prevaricazione*, tanto è la importanza in cui la legge tiene questo fatto del rilascio della copia in forma esecutiva.

Articolo 559.

Le sentenze dei tribunali stranieri, e gli atti autentici ricevuti fuori del regno non sono esecutivi nel regno senza l'autorizzazione data in conformità del titolo XII del libro terzo.

Annotazioni.

Anche noi rimanderemo allo stesso titolo le nostre osservazioni.

Le pronunzie che ne seguono, non sono *sentenze*, ma *ordinanze*, e non sono appellabili.

Articolo 560.

I titoli esecutivi contro il defunto sono esecutivi contro gli eredi, ma non si può procedere alla esecuzione, se non cinque giorni dopo che siano stati loro notificati.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Il Codice civile Albertino conteneva una disposizione così espressa: « *I titoli esecutivi contro il defunto* « *sono parimente esecutivi contro la persona* « *dell'erede;* non potranno ciò nondimeno i « creditori procedere alla esecuzione, se non « otto giorni *dopo aver fatta la intimazione di* « *questi titoli alla persona* o *al domicilio del-* « *l'erede* » (art. 1099). Evidentemente il Codice civile aveva preoccupate le disposizioni della procedura. Questa di fatti (sorta in Piemonte molti anni dopo, nel 1854) si rifece sull'argomento come doveva, tracciando *le regole generali della esecuzione*, senza ripetere quel canone custodito nella legge sostantiva. Esso era nella ragione stessa delle cose e indispensabile. Qualunque fosse l'importanza che la legge doveva annettere alla continuazione del processo esecutivo, nonostante il cangiamento di persona del debitore, era giusto soccorrere alla presnuta ignoranza dell'erede, ne venisse pure una qualche sosta nel corso degli atti. Più esatto il legislatore odierno lasciò fuori la disposizione dal Codice civile, ma la fece ricomparire in quello di procedura, ov'è la sua sede. La trasgressione di questo debito porta nullità irreparabile; così si è sempre ritenuto nella giurisprudenza francese (DALLOZ, v° *Jugement*, n° 508; DELVINCOURT, tom. II, pag. 374, n° 2, ecc.). La notificazione del titolo esecutivo è la base ferma di tutto il processo (*V.* art. 562).

2. Questioni. — *a) È necessario che la notificazione dei titoli esecutivi agli eredi preceda l'atto di comando* o *precetto?*

Non può mai esser dubbio che cinque giorni (e prima erano otto) di sosta e comodo non abbiano a lasciarsi a favore degli eredi; *ma si dubita se l'atto di comando sia nullo*, qualora i titoli esecutivi siano notificati contemporaneamente. Corre in Francia una dottrina mite e favorevole in tali circostanze alla validità dell'atto di comando, che non si vuol chiamare propriamente atto di esecuzione, mentre dall'altro lato nessun danno si arreca ai debitori colla notificazione contemporanea (DALLOZ, v° *Jugement*, n° 512). Si sostiene da altri il così detto *comando* (ora piuttosto *precetto*) esser atto di esecuzione: come tale non potersi praticare che in virtù di titolo esecutivo; per conseguenza si procede nullamente se la notifica di questo termine di comodo *non è anteriore all'atto di comando* (Cassazione francese, 31 agosto 1825, DALLOZ, v° *Jugement*, n° 511)

Invero il *precetto* ha qualità di atto esecutivo considerato come *preliminare* della esecuzione, ma non appartiene alla parte *effettiva* od *operativa* della esecuzione medesima. Ciò per altro riguarda la esecuzione sui mobili (V. art. 569). Ma noi risponderemo qui semplicemente colla scorta della legge che ci dispensa da argomenti induttivi e dubbiose definizioni. L'articolo 562 *non impone l'obbligo* di notificare il titolo esecutivo prima del precetto; anzi nel suo linguaggio mostra permetterne notizie contemporanee; perchè se ne farebbe un caso di controversia rimpetto agli eredi? La importanza del nostro articolo consiste in ciò, che *gli eredi abbiano legale notizia del titolo esecutivo;* che il precetto sia pure ad essi notificato se lo fu all'autore, e tanto più se non fu notificato all'autore (si deduce non dalla lettera ma dalla ragione della legge), e che la esecuzione non s'imprenda o rimanga sospesa per cinque giorni, *oltre i termini di comodo che la legge generale accorda al debitore.* Se per es. dal precetto alla esecuzione effettiva abbiano a decorrere cinque giorni, gli eredi godranno il termine di dieci: ecco tutto. *Che se il precetto fosse già stato portato ad esecuzione effettiva col pignoramento o con altri atti*, si ritiene sufficiente *la notifica del titolo esecutivo*, di cui gli eredi devono avere cognizione precisa per risolversi a pagare o resistere alla persecuzione del creditore; del resto continuerà il processo dal punto in cui si trova.

b) Se gli eredi non fossero noti; se vi fosse controversia fra i pretendenti alla successione; se l'accettazione della eredità non fosse deliberata, o la eredità si fosse accettata col benefizio dell'inventario.

Unisco in un gruppo queste varie ricerche per l'attinenza che hanno fra loro, quantunque la soluzione dipenda da diversi principii.

Distinguasi in primo luogo se il processo degli atti esecutivi sia o no in corso, quesito risolto dall'art. 569 (*V.* ivi). Se il processo è in corso, per regola generale, non dovrà interrompersi a vantaggio degli eredi, *se la morte del debitore non sia stata notificata* (articolo 333 (*). Il creditore ignora la morte del debitore: egli è nel suo diritto. Se però nel

(*) Richiamo questo articolo che, posto a riscontro col 334, vale ad argomento d'analogia, non ricevendo applicazione materiale in fatto di processo esecutivo regolato da norme sue proprie.

giorno di questo avvenimento la sentenza non aveva ancora avuto *principio di esecuzione*, il creditore stesso dovrà informarsi, come sempre quando si fa un giudizio nuovo, quali siano le persone da citarsi.

Il creditore non si occupa dei diritti dei pretendenti alla successione; per esso e per la regolarità dei suoi atti non esiste che *lo stato di fatto*; egli non conosce che i possessori (articolo 926 del Codice civile). Se il possesso della eredità sia avocato al giudice, se ci sia sequestro dei beni, sarà citato il curatore.

Il terzo caso è risolto dall'art. 964 del Codice civile: il deliberante, in pendenza del termine, rappresenta *qual curatore* le azioni della eredità.

Finalmente è facile stabilire che l'*erede beneficiato* è, a tutti gli effetti giudiziali, il vero e legittimo erede (art. 969 del Codice civile).

Sul luogo ove dovrà eseguirsi la *notificazione dei titoli esecutivi* o di altri atti, *V.* articolo 569.

Articolo 561.

Le sentenze soggette ad opposizione o appello, che ordinano la rivocazione di un sequestro, la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, un pagamento, o altra cosa da farsi da un terzo o a suo carico, non sono esecutive per parte del terzo o contro di esso, se non si provi che non vi è opposizione nè appello, quantunque tra le parti litiganti siano state dichiarate esecutive provvisoriamente.

La prova risulta dall'originale o dalla copia autentica dell'atto di notificazione della sentenza e da certificato del cancelliere.

Il certificato non può farsi che dopo la scadenza dei termini stabiliti per l'opposizione e per l'appello.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Per ben comprendere la ragione e l'oggetto di questa disposizione, è più che mai necessario rimontare ad alcune legislazioni precedenti, che l'autore della nuova legge ha dovuto avere innanzi gli occhi per evitare le dubbiezze che la imperfezione della formula avea suscitate, mentre l'esame comparativo potrà avergli suggerito il nuovo concetto da lui accolto.

Due termini, uno *sospensivo*, l'altro *complementario*, ha la procedura francese per appellare. Il primo è scritto nell'art. 450: « L'exécution des jugements non exécutoires par « provision sera suspendue pendant ladite « huitaine » (per otto giorni). Il termine però ad appellare è di tre mesi, che decorre dalla notificazione della sentenza nei giudizi contraddittorii, e dal giorno in cui è scaduto il termine per l'opposizione nei contumaciali.

La legislazione sarda del 1854 (*) teneva lo stesso metro. Sospendeva l'esecuzione della sentenza per otto giorni (art. 570); ma il termine generale per appellare era di giorni 60 (art. 562), ma ben diversa fu la legge del 1859. L'art. 543 diceva invece: « La esecuzione delle « sentenze che non sono state dichiarate provvisoriamente esecutorie, *rimane sospesa durante il termine concesso per appellare* e durante il giudizio d'appello ».

È principalmente necessario che la esecuzione delle sentenze non sia fatta prima del termine legale, o malgrado quegli ostacoli che l'appello o la opposizione possono elevare contro la esecuzione medesima. Le parti che sono in giudizio, alle quali gli atti devono comunicarsi o che ne sono gli autori, possono conoscer tutto questo facilmente; ma non così i terzi. *Chi sono i terzi?* Quelli che senza essere interessati nè intervenuti nel giudizio devono nonostante concorrere con qualche loro atto o fatto nella esecuzione. Ebbene: in qual modo potrebbero essere assicurati da ogni inavvertenza o sorpresa, con quali mezzi di scienza? In questa previdenza nacque l'art. 548 della procedura francese, esempio celebre di anfibiologia e nonostante stupidamente ricopiato da altri Codici: « Les jugements qui prononceront une main-levée, une radiation d'inscription hypothécaire, un paiement ou quelque « autre chose à faire par un tiers ou à la « charge, ne seront exécutoires par les tiers « ou contre eux, MÊME APRÈS LE DÉLAI DE

(*) Come notai altre volte, le legislazioni che serbano più o meno la genesi storica della nuova legge, sono le piemontesi, che io vengo perciò spesso citando. Del già Codice napoletano non posso guari valermi, copiatore quasi perpetuo della procedura francese.

« L'OPPOSITION OU DE L'APPEL, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, « contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni « opposition ni appel ».

Tutto il rumore nacque da quella espressione *même après le délai de la opposition ou de l'appel;* quale dei due termini doveva essere trascorso onde potesse eseguirsi la sentenza? *Bastava che fossero passati gli otto giorni*, durante i quali ogni esecuzione doveva rimaner sospesa (salvochè la sentenza non fosse eseguibile provvisoriamente); o doveva essere scorso *tutto il termine* concesso ad interporre opposizione od appello? Ecco la questione. In altre parole: era o no necessario che la sentenza *fosse passata in giudicato*, di maniera che il diritto di appellare fosse perento?

È chiaro che le conseguenze di codesta diversa posizione di cose era molto diversa; mentre nell'un caso la esecuzione poteva essere revocabile ove la sentenza ancora impugnabile coi mezzi ordinarii fosse stata riformata; nell'altro aveva condizione, pressochè assoluta, di stabilità.

La espressione era equivoca. Vero è che si trattava sempre di non eseguire la sentenza che *après le délai*, ecc., ma quale dei due termini? Quello degli otto giorni o quello dei tre mesi? Il primo sospensivo, ovvero il generale e complementario?

Lo spirito e l'oggetto dell'articolo poteva essere la misura della sua gravità e influire potentemente sulla soluzione del problema. Ad esempio, rapporto *ad una radiazione d'iscrizione ipotecaria* si comprende abbastanza l'interesse che la legge avrebbe avuto di non permettere una cancellazione momentanea, nel pericolo che la sentenza potesse subire una fase disastrosa, e quindi fosse ragionevole volgere la disposizione equivoca nel senso della sua maggiore estensione in cui si trovava maggior sicurezza. Il quale riflesso era per altro indebolito da due circostanze: 1° la legge faceva conoscere chiaramente di non esser motivata dal timore di un danno irreparabile, o grave almeno, che potesse derivare in tale stato di cose dalla esecuzione; ma che non voleva far altro che tranquillare in qualunque caso i terzi sulla eseguibilità della sentenza; 2° che se la legge francese avesse avuto ad oggetto delle sue discipline piuttosto la gravità della materia che la buona fede dei terzi, non avrebbe permessa l'esecuzione provvisoria, che perciò stesso la legge nostra non ammette (*V.* più sotto n° 3).

Io credo dover dispensarmi dall'istoriare la questione che si dibatte fra i nostri ingegnosi vicini che, come suole, si sono divisi in due campi (*).

Il legislatore sardo del 1854 non badò a tali rumori o non gl'intese: esso ripeteva con tutta fedeltà, come il napoletano, la disposizione gallica; la quale pure si annoverò fra i dettati del seguente Codice (art. 693 del 1859), ma invito ad osservare che in quel tempo l'identico testo acquistò una intenzione netta e precisa, atteso il cangiamento ch'era avvenuto nel fondo del sistema appellatorio. Dacchè un *termine solo* veniva a statuirsi (*V.* il succitato art. 543): la dizione — *ancorchè siano decorsi i termini della opposizione* o *dell'appello*, non poteva avere che un solo significato, e il doppio senso non era più temibile.

2. Ora veniamo al nostro articolo. Esso ci fa fede della elaborazione che ha subita, e dal confronto scorgi le mutazioni. Le parole: *ancorchè siano decorsi i termini*, ecc., sono state tolte di mezzo. Di fatti quando si è detto essere necessario provare (per modo *positivo*, non per semplice trascorso di tempo) *che non vi è opposizione nè appello*, è manifesto che l'unico termine ad opporre o ad appellare dev'esser trascorso, altrimenti la pendenza stessa del termine basterebbe ad impedire la esecuzione. Ciò esprime anche in lettera il secondo capoverso.

3. Inoltriamoci alquanto più nello studio di questo articolo. Esso è occasionato, o reso necessario, se così voglia dirsi, dal dovere separare gli effetti di una sentenza in quanto riguardino *le parti* litiganti, o in quanto riguardino *terzi*. I terzi, a cui favore è scritta questa legge limitativa, non sono punto coloro che vengono colpiti *nel loro proprio e personale interesse* da una sentenza di condanna. Non si potrebbe di fatti concepire come *senza essere intervenuti* nè attivamente nè passivamente in giudizio, fossero soggetti ad esecuzione. Questi terzi sono semplicemente *gli esecutori* della

(*) Chi ne fosse vago potrà vedere il PIGEAU, *Procedura civile*, v° *Hypoth.*, § 11, n° 6; DEMIAU-CROUZILLAC, pag. 377; CARRÉ, quest. 1906; BONCENNE, t. II, p. 41 e seg.; SCIALOJA, *Commentario del Codice sardo*, t. V, p. 1, n° 256, ecc., che tengono il partito, bastare che siano trascorsi gli otto giorni senza opposizione e appello; CHEAUVEAU in CARRÉ, quest. 1906; FAVARD DE LANGLADE, tom. II, pag. 476, n° 8; PERSIL, v° *Radiation et Reg. hypoth.*, art. 2157, n° 14; BOITARD, agli art. 519, 550, n° 895; DALLOZ, v° *Jugement*, n° 580; TROPLONG, v° *Hypoth.*, n° 739, ecc., che stanno nel campo opposto. La giurisprudenza delle Corti di Francia è molto varia.

sentenza; esecutori per ragione d'ufficio, come il conservatore delle ipoteche cui è imposto di cancellare una iscrizione dai suoi registri; esecutori in quanto prestano bensì un fatto personale, e un fatto *a loro carico*, come si esprime il testo, ma che deve tornare ad essi indifferente il prestare a favore di una persona piuttostochè di un'altra. Il sequestratario o paghi il suo creditore immediato, o il creditore del creditore, non gliene viene alcun male, non sopporta realmente *un carico*, secondo la espressione poco esatta del testo. Con tutto ciò si estende il rigore sino a quella clausola, affatto nuova e originale, che *se fra le parti litiganti la sentenza è stata dichiarata esecutiva provvisoriamente*, ciò nulla vale rimpetto a questi terzi.

Dalla nostra legge pertanto si raccoglie con una chiarezza che mai non apparve nei precedenti Codici, che quando si tratti del concorso di terzi nell'opera complementare della esecuzione, quantunque o materiale o non dannosa al loro interesse, l'*appello è sempre sospensivo*. Il testo francese conduce alla conseguenza opposta. « Les jugements *exécutoires par pro-* « *vision* (domandava a se stesso il CHAUVEAU) « qui ordonnent un paiement à faire par un « tiers, peuvent-ils être exécutés par ou con- « tre ce tiers, *non obstant appel?* EVIDEM- « MENT, *oui* » (quest. 1906 bis). Per regola di quella legislazione l'appello o l'opposizione ha effetto sospensivo, ma soggiunge il CHAUVEAU: « Cet article (550 di quel Codice) doit subir « une exception toutes les fois *que le principe* « *dont il est l'application le subit lui-même*. Or « l'appel n'est pas suspensif lorsque le juge- « ment a prononcé l'exécution provisoire ». L'eccezione sorgeva dal principio stesso a cui implicitamente l'articolo si riferiva: ora la eccezione viene espressamente rimossa. Si può forse dubitare della bontà di questa legge, almeno se si guardi alla sua estensione; in materia di sequestro specialmente dovrà per necessità modificarsi in presenza di altre leggi che esigono la maggiore celerità, come vedremo a suo luogo; con tutto questo il merito della chiarezza non le può esser conteso.

4. La *prova* è la più semplice. Non più *certificati del procuratore della parte istante* (art. 549 del Codice di procedura francese, e 693 del Codice sardo del 1859); non più lo strano spediente di far certificare lo stesso giudice (art. suddetto); perchè non dovrebbe bastare il certificato del cancelliere?

5. Un ultima considerazione per distinguere *i terzi*, dei quali discorre il presente articolo, da ogni altro a cui suole attribuirsi questo nome di terzi. Fermo che qui intendiamo coloro contro i quali non è diretta l'azione nè personalmente nè *occasione rei;* e non sono, come li chiamai dapprincipio, che semplici esecutori essi stessi, e non parte in giudizio. Non è dunque da comprendersi in questa legge *il terzo possessore di un immobile*, contro il quale si agisce ipotecariamente (DALLOZ, v° *Jugement*, n° 526). Questi può ben dirsi *terzo* in quanto non è tenuto all'azione personale e per obbligazione nominatamente assunta, ma egli dev'esser chiamato in giudizio, ne fa parte essenziale ed è soggetto alle ordinarie sue regole, come *qualunque altro litigante*.

Articolo 562.

L'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione al debitore del titolo esecutivo e del precetto, nelle forme stabilite dall'articolo 368.

Annotazioni.

1. Le sentenze, gli atti contrattuali ricevuti da notaro, ecc., *sono titoli esecutivi*, avendo in sè *la causa potenziale* della esecuzione, ma hanno bisogno di una nota estrinseca, del suggello d'attualità impresso dall'autorità pubblica, per esser portati ad effetto: è questo *la copia esecutiva* che può anche chiamarsi *causa efficiente* e prossima della esecuzione. Ciò si è visto parlando degli articoli 556 e 557. Che intendo adunque l'articolo 562, prescrivendo *la notificazione del titolo esecutivo?* Niente altro che la notificazione *della copia in forma esecutiva del titolo stesso*, già noto o notificato ad altro effetto, come si fa delle sentenze non ancora eseguibili. La quale notificazione apprende al debitore ch'egli è per soggiacere nei beni o nella persona all'imperio della legge, e che il suo creditore agisce col braccio armato della giustizia. Essendo questo lo scopo diretto di tale comunicazione, e d'altra parte essendo la legittimità stessa del titolo fuori di questione, si vede come la notifica *del titolo esecutivo e del precetto* possa essere simultanea. La prima rende ragione della seconda; quella fa fede dello intervento irrecusabile della pubblica autorità, questa è un avverti-

mento salutare che mette il debitore in grado di evitare l'onta di una esecuzione.

Questa regola è limitata dal disposto dell'articolo 565, come in breve vedremo.

2. *Degli atti amministrativi e della loro esecuzione.*

Gli scrittori francesi, in genere molto governativi, insegnano quasi comunemente che gli atti stessi del Potere amministrativo, portanti condanna contro privati, debbano essere rivestiti di formola esecutoria, per organo di tribunale, ond'essere eseguiti (PIGEAU *Commentaire*, tom. II, pag. 139; MARCADÉ, *Des trib. admin.*, n° 287; CARRÉ, quest. 1894; PROUDHON, *Traité du domain public*, tom. I, n° 162; BILLEQUIN, *Journ. Av.*, tom. II, pag. 603) (*). Nei nostri principii di diritto pubblico non si potrebbe consentire col CHAUVEAU, che tali atti, derivando dallo *stesso Potere esecutivo*, ritengano per se stessi quella virtù imperativa che quasi per modo di concessione si comunica dal potere esecutivo al giudiziario. Propugnatore assoluto e costante della divisione e indipendenza sostanziale dei due poteri (**), io non potrei apprezzare la ragione dell'illustre glossografo; ma bene dovrei farmi a ricercare il momento in cui cessa l'azione indipendente della pubblica amministrazione, e subentra l'azione non meno indipendente del giudice.

È del più vitale interesse dell'ordine generale discernere gli emisferi nei quali codeste grandi attività dello Stato procedono senza urtarsi ai distinti loro fini; ma ciò sarebbe troppo magnifico per il nostro umile commento; ci basta molto meno. Ci basta considerare che l'azione generale e collettiva dell'amministrazione pubblica non perde, è vero, il suo carattere solo perchè si eserciti singolarmente contro un individuo, ma quando si tratta di colpire questo individuo nei beni o nella persona, civilmente o criminalmente, quivi si arresta l'azione autonoma dell'amministrazione pubblica: subentrano la ragione dei tribunali e le discipline giudiziarie. Essa deve ottenere un mandato eseguibile, il quale dev'essere munito dell'ordine esecutorio, e non può praticare pignoramenti e spropriazioni che nei modi prescritti dalla legge comune.

3. *Della conformità della copia notificata colla copia in forma esecutiva* (la grosse).

La giurisprudenza ritiene che se qualche difformità si riscontri, anche d'importanza, fra l'una e l'altra, non sia annullabile la notificazione, dato che la prima che fa l'ufficio di *originale*, sia perfettamente regolare. Così fu deciso, che non apparendo nella copia notificata la segnatura del presidente o del cancelliere, che d'altronde risulta dalla copia esecutiva, o mancando in quella la menzione che la sentenza è stata pubblicata in udienza, formalità che in questa si vede attestata, la notificazione sussiste (Cassazione francese, decisioni 22 maggio 1821, 28 marzo 1825, 16 agosto 1836). Eppure una massima diversa è adottata quando la *copia* della citazione varia sostanzialmente dall'originale (CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 237). Ciò dicesi avvenire perchè la copia stessa della citazione notificata è atto di parte, dal quale atto il convenuto può dedurre dei diritti; specie di contratto che deve constare da doppio originale (CHAUVEAU in CARRÉ, q. 1898, 7). Checchessia io pure terrei l'accennata giurisprudenza, *salvochè la differenza non fosse di sostanza*, ma cadesse piuttosto sopra qualche omissione relativa alla forma, come negli esempi sopra indicati. Ma omessa, verbigrazia, la somma del credito, il titolo del credito o simili, mancherebbe la notificazione al fine per cui è ordinata, e cadrebbe sotto la censura dell'articolo 56, capoverso 1°.

4. *Del luogo della notificazione.*

La legge richiama l'articolo 368. È però osservabile che quest'articolo insegna *i modi* onde la notificazione della sentenza o dell'ordinanza deve eseguirsi: non dichiara *il luogo* che fu materia del precedente 367. Io entro in grave sospetto che qui esista errore di redazione o di stampa: dubito abbiasi voluto richiamare invece l'articolo 367. È pur facile a intendersi, che la notificazione del titolo e precetto esecutivo corrisponda al metodo che si osserva per la notificazione della sentenza a cui fa seguito, e di cui in certo modo è una dipendenza e un corollario. Perchè dovrebbe usarsi un rito più affaticante e più dispendioso di quello? In giudizio di revocazione, che è ben altrimenti distinto e sostanziale, non si è forse ritenuta sufficiente la notifica a tenore dell'articolo 367 nei casi ordinarii? Più ancora. Perchè richiamarsi una *disposizione speciale* come quella dell'articolo 368, quando la notificazione dovesse eseguirsi secondo il metodo generale delle citazioni? Sembra invero che il richiamo significhi qualcosa di ristret-

(*) Il DALLOZ concordasi col CARRÉ nel dire che non si conosce in Francia che una sola eccezione, quella della legge sul registro (LOISEL, v° *Exécution*, n° 13).

(**) Mi permetto di citare in prova l'ultimo mio lavoro: *Trattato dell'azione penale*, specialmente nel Capo I, § 15.

tivo e di comodo al notificante, di che potrebbe essere anche argomento l'articolo 569. Ed argomento superiore ad ogni altro porge l'articolo 666, che ordina la notifica della sentenza di spropriazione *giusta la norma dell'art.* 367, quantunque l'importanza di un tale atto sia, come ognun vede, grandissima. Quale conseguenza dedurre a fronte di questa letterale espressione del testo che io trovo in tutte le edizioni che sono venuto riscontrando?

Noi non possiamo aggiungere alla legge, e intanto riterremo la osservanza dell'art. 368 nella sua integrità. Ma per la regola dell'articolo 140, *se fu nella causa eletto domicilio*, io sono convinto che ivi pure potrà farsi la notifica, e così in certo modo si rientra nella disposizione dell'articolo 367. Similmente si dirà se fu eletto domicilio nel contratto (Corte di Torino, 16 luglio 1859, BETTINI, tom. II, p. 762).

Articolo 563.

Il precetto deve contenere:

1° L'intimazione al debitore secondo le norme stabilite nei titoli seguenti:

2° L'elezione di domicilio per parte dell'instante, con indicazione della persona presso la quale è eletto.

Nel comune in cui deve procedersi, o in quello in cui ha sede la pretura nella cui giurisdizione si trova quel comune, se trattisi di esecuzione sopra beni mobili, o di consegna di beni mobili, o di rilascio di beni immobili, o di arresto personale;

Nella città in cui siede il tribunale competente a termini dell'articolo 662, se trattisi di esecuzione sopra beni immobili.

Se l'instante abbia domicilio o residenza in uno dei detti comuni, o nella detta città, basta l'indicazione della casa in cui ha l'uno o l'altra.

Articolo 564.

Al domicilio o alla residenza indicata nell'articolo precedente, il debitore o qualunque altro interessato nel procedimento di esecuzione può fare le notificazioni tutte, non escluse quelle di offerte reali e di appello, quantunque l'appello riguardi il merito della causa.

In difetto di elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza, e finchè essa non sia fatta, tutte le notificazioni possono farsi alla cancelleria della suddetta pretura o tribunale.

Annotazioni.

1. *Contenuto del precetto.*

La sua rispondenza e conformità al titolo esecutivo non può esser dubbia. *Il precetto*, (alias *atto di comando*, stile enfatico, alla francese), il precetto è veramente una *intimazione* che mette il debitore in seria attenzione di ciò che il creditore pretende e vuole da lui. La legge ci rimanda alle sue determinazioni successive. Queste dunque dobbiam vedere. Nel titolo presente non troviamo appartenere al contenuto del precetto che la materia dell'articolo 568, della quale ci passiamo per ora onde portare le nostre osservazioni nell'esame di quello. Ma negli articoli 577, 659, 709, e forse altri, sono disposizioni nella presente virtualmente comprese. La minaccia e la comminatoria degli atti esecutivi o sui mobili o sugli immobili, secondo la intenzione libera del creditore, è del precetto la condizione indispensabile e la ragione essenziale.

Non è raro che il creditore sia dalla sentenza obbligato a prestare qualche fatto o debito, quale condizione della esecuzione medesima. Fra i casi più frequenti è quello *della cancellazione di una ipoteca*. È statuito in qualche decisione che nello stesso atto di comando o precetto egli debba *farne* l'*offerta* (Corte di Torino, 25 marzo 1856, BETTINI, tom. II, pag. 228). Ma non solo deve farsi l'offerta personale o promessa, ma deve aggiungersi al precetto la dichiarazione formale ed autentica di cancellazione, in guisa che il conservatore possa effettivamente cancellarla senza fatto ulteriore del creditore iscritto. Così

se la iscrizione fosse accesa nel nome di un terzo, dovrà presentare il formale assenso di lui. Se è donna maritata o minore, l'atto di assenso dovrà essere autorizzato nelle forme regolari, e vi saranno uniti i documenti necessarii, non a semplice offerta di comunicazione, ma per consegna immediata e contemporanea (offerta reale). Senza ciò verranno ad elevarsi opposizioni che arresteranno il corso della esecuzione.

Se trattasi *di atto contrattuale*, vediamo pure di frequente stipulazioni nelle quali si provvede, che, mancandosi di pagare gl'interessi in epoche determinate, si renda esigibile lo stesso capitale. Qualche volta contratti di vitalizio si vogliono sciolti attesa la mora delle pensioni convenute, con restituzione di somme improntate, ecc. Il *precetto* deve contenere ben chiaramente la pretensione del creditore rivolta allo scioglimento del contratto, al pagamento degli arretrati, alla restituzione della sorte, ecc. Con ciò vengo a dire che anche una siffatta convenzione può esser materia di precetto e di esecuzione.

Si è soliti fare a tal procedura una difficoltà che si traeva dall'articolo 1275 del Codice civile albertino, al quale corrisponde l'articolo 1163 dell'attuale. Si dice che *il contratto non è sciolto di pieno diritto;* che conviene quindi ricorrere ai tribunali; che sarebbe un farsi giustizia da sè. Potrebbe replicarsi che il debitore ha diritto di fare opposizione al precetto. Ma più direttamente si risponde, che in quella legge si fa ragione *delle risoluzioni implicite e sottintese* che nascono dalla inosservanza dei contratti bilaterali e corrispettivi; che, ove la risoluzione è stipulata, chiaramente espressa, letterale, non può negarsi al patto solennemente celebrato quella pronta esecuzione che si darebbe ad una sentenza accettata dalle parti. Bisogna però avvertire che coll'ammettere la eseguibilità della legge contrattuale, secondo il chiaro dettato dell'art. 554, n° 3, non si esclude il diritto di opporre contro il precetto o la eccezione della mora non incorsa, o qualunque altra che valesse a respingere la interpretazione che lo stipulatore ha creduto di poter dare al patto (*V.* appresso le Osservazioni all'articolo 579).

3. *Del cessionario.*

Che il cessionario subentri in forza del suo atto di cessione nei diritti esecutorii del creditore, per continuarli dal punto in cui si trovano, nessun dubbio. Tale cessione non involve la questione del litigioso (articolo 1546 del Codice civile), poichè lungi che la disputa si bilanci sulla *sussistenza* e validità dei titoli ceduti, si tratta di questione decisa e di esecuzione. Al cessionario non incombe che farsi riconoscere dal debitore *colla intimazione* prescritta dall'articolo 1539 del prefato Codice; e colla notificazione, se vuolsi, *dell'intero atto di cessione*, secondo la opinione del Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n° 15.

4. *Del debitore solidario.*

Il precetto e la esecuzione possono forse colpire nei proprii suoi beni il condebitore solidario, non compreso nella sentenza? Ma qual altro sarebbe l'effetto della solidarietà? (Articolo 1184 del Codice civile.) Devesi adunque rispondere affermativamente (Dalloz, loc. cit., n° 17); salvo all'intimato di opporre o contro la pretesa qualità, o contro la stessa obbligazione; del quale mezzo di opposizione egli potrà valersi con una certa latitudine, appunto perchè non fu chiamato a difendersi in giudizio (*).

5. *Della elezione del domicilio.*

a) È imposta al creditore eseguente per agevolare al debitore le difese che in quella condizione di cose gli sono possibili, senza frapporre ritardi. È lo stesso precetto che contiene *la elezione del domicilio*, ossia la indicazione *del luogo, della casa e della persona* cui è conferito con ciò il mandato di ricevere le notificazioni contrarie, e viene a questo effetto considerata come la persona stessa del creditore. Le notificazioni sono personali; le regole degli articoli 140 e 139 sono pienamente e rispettivamente osservate.

b) È stabilito che se in più comuni si estenda la esecuzione, si deve eleggere in ogni comune il domicilio (Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n° 40). È una comodità preparata al debitore, onde alle sue intimazioni può preferire il luogo che gli tornerà meglio, posto anche fossero più gli opponenti in varii luoghi domiciliati, se trattasi di esecuzione unica.

c) *Se i terzi possano notificare i loro atti allo stesso domicilio* è una questione seriamente dibattuta in Francia, con una legislazione simile alla nostra. Sono per la negativa Carré, Pigeau, Dalloz, Coffinieres ed altri, per l'affermativa, insieme ai vecchi commentatori della Ordinanza, Merlin, Thomine, Chauveau, ecc. La questione è sapientemente e *per la prima volta* troncata dall'art. 564: « Il debitore o *qualunque altro interessato nel*

(*) Discorrendo della *opposizione* (art. 579) si vedrà di qual sorta eccezioni siano permesse all'opponente in giudizio esecutivo.

procedimento di esecuzione, » ecc. E ciò è ragionevole affinchè si adempia allo scopo principale della legge, che è quello di far presto.

d) Se l'eseguente abita nello stesso comune, pretura o città, basterà *che ne faccia indicazione*: è certo ch'egli non potrà portare altrove il suo domicilio senza surrogarvi un domicilio di elezione nel luogo legale; in questo la sua libertà è circoscritta dal contratto giudiziale. Gli opponenti manderanno i loro atti al domicilio antico, ove non prescelgano la cancelleria *della pretura* o *del tribunale*.

e) Il procuratore si ritiene avere abilità per fare la elezione in ogni caso che non risultasse dal precetto che è sempre fatto in nome della parte (Corte di Torino, 18 aprile 1856, *Commentario del Codice sardo*, vol. 5, p. 1, n° 366).

f) In effetto tutte le notificazioni che avranno luogo nel corso del giudizio esecutivo si accentrano a questo domicilio. Sino a quelle che riguardano *l'appello nel merito della causa*, imperocchè la esecuzione può essere provvisoriamente ordinata, nonostante appello.

g) Anche la *questione di nullità per omessa elezione di domicilio*, o la questione della sanatoria che alcuni autori posero nel processo verbale di esecuzione, è tolta via. Può bene ometterla il creditore; egli ne paga la pena nel subire, con suo disagio, le intimazioni alla cancelleria. Non dubito però che potrà in seguito fare a parte e con atto separato la sua elezione in qualunque stadio del processo.

Articolo 565.

Non è necessario il precetto per l'esecuzione di una sentenza, quando si proceda nei cento ottanta giorni successivi alla notificazione della medesima, se la sentenza condanni a consegnare cose mobili, o a rilasciare immobili, colla prefissione del termine in cui si debba eseguire la consegna o il rilascio.

In questo caso l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza può farsi dal creditore nell'atto con cui viene notificata la sentenza. Può anche farsi verbalmente dopo la pubblicazione della sentenza, quando questa pubblicazione tenga luogo di notificazione; il cancelliere ne fa risultare nel processo verbale di udienza.

Annotazioni.

1. L'attuale disposizione è pure una antiveggenza del nuovo Codice, mentre qual ragione ci sarebbe del precetto *se la sentenza stessa assegnasse il termine a consegnar mobili* o *a rilasciare immobili* (titolo IV, articoli 741 e seg.), dappoichè il precetto principalmente intende *a mettere in mora il debitore*, ed a prefiggergli il tempo dello adempimento? Il termine decorre dalla notifica della sentenza: ecco tutto. Tale notifica tien luogo del precetto, di maniera che nello stesso atto può farsi la elezione, ossia la indicazione della elezione del domicilio.

È previsto il caso di una sentenza notificabile *per via di pubblicazione* (art. 437). Il domicilio può eleggersi verbalmente; *la prova* si farà risultare dal processo verbale d'udienza.

2. Ma qui *del titolo esecutivo e della sua notificazione* non si fa parola. Si è esonerati dall'invio del precetto, che è già contenuto nella sentenza, non dalla notificazione del titolo esecutivo. Molto meno siamo autorizzati a fare una esecuzione senza la copia esecutiva. Si comprende che *una sola notificazione potrà farsi della sentenza* che soddisferà ad un tempo alla doppia ingiunzione dell'articolo 362, stantechè la sentenza essendo in istato eseguibile, sarà munita dell'ordine esecutorio. Mentre però non comprendo come possa essere munita di ordine esecutorio e passare come documento autorante nelle mani dell'usciere una sentenza *che si è ascoltata a leggere*. Faremo dunque questa giunta necessaria. La pubblicazione di una sentenza pretoriale (detto articolo 437) o di conciliatore (articolo 464) varrà, finchè si vuole, una vera e personale notificazione, *ma non potrà valere il titolo esecutivo*. Dovrà dunque la sentenza spedirsi in forma regolare a questo effetto. Una conferma letterale di questo vero proceduriale puoi averla nell'articolo 461. Non basterà insomma *la pubblicazione*; ma la ordinaria o completa notificazione della sentenza dovrà aver luogo in forma esecutiva; e allora ognun vede che vi sarà inchiusa la notificazione stessa del precetto.

Articolo 566.

Il precetto diventa inefficace trascorsi giorni cento ottanta senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione.

Nel caso di opposizione, questo termine decorre dalla notificazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente.

Annotazioni.

1. La procedura francese nell'articolo 674 impone legge che in fatto *di esecuzione immobiliare* chi lascia scorrere oltre tre mesi *depuis le commandement* non può andar avanti nella esecuzione senza ripeterlo. La dottrina giuridica parve concorde nel ritenere che quella legge d'ordine non potesse venir estesa *alla esecuzione mobiliare* (CARRÉ, q. 1997; CHAUVEAU, ivi; DALLOZ, v° *Saisie-immobil.*, n° 37; LEPAGE, *Questions*, p. 397, 398). Il novello Codice ne ha fatto una regola generale e comune portando il termine di tre mesi a sei, senza differenza di somma. La minaccia dell'esecuzione, dilavata dal tempo, ha perduto il suo vigore; il debitore è ricaduto nel sonno; bisogna risvegliarlo con un altro squillo di tromba.

2. *Della rinnovazione del precetto.*

In qual buona fede abbia potuto addormentarsi colui che sa di avere un debito giudicato, e di non averlo pagato, davvero non si scorge. Piuttosto è la legge stessa che dal troppo lungo silenzio argomenta che lo stesso preteso creditore non sia in buona fede; vuol conoscere come stanno le cose, e mettere il debitore in grado di fare le sue opposizioni. Non vuol privarlo dei vantaggi che gli possono derivare dal riassumere il processo da quel punto onde si presero le mosse più mesi sono. *Ma il precetto non potrebbe riuscir caduco per qualche altra ragione?*

Possono essere sopravvenuti dei fatti, si dice, tali da rendere indispensabile la rinnovazione del comando. A cagion d'esempio, se il creditore ha riscosso degli acconti, si sono aperte trattative di transazione, c'è stato di mezzo qualche accordo. In questo senso vanno senza esitare DALLOZ, v° *Saisie-immob.*, n° 34; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1997. Adagio; e poniam bene la questione. Le discussioni, le trattative potranno valere *a restringere il termine legale e a rendere più presto caduco il precetto;* o per contro potranno invocarsi dal creditore *per difendersi dall'allegata caducità del precetto, anche trascorso il termine legale?* Noi siamo in questo secondo avviso, e così rovesciamo i termini della questione. I tentativi di conciliazione, le pratiche, le trattative non riuscite, col dar ragione della sospensione, non imputabile quindi a negligenza, ad obblio del creditore, possono anche, secondo i casi, sottrarre quei giorni alla sequela del 180; ma favorire il debitore, non mai. Se ha pagato degli acconti, ha con ciò riconosciuto il debito: le pratiche dell'accordo gli hanno, se non altro, tenuta viva nella mente la memoria del debito e la insistente pretesa del creditore.

3. Il precetto è caduco, ma tutto ciò che può rinnovarsi è una semplice questione di tempo. Il precetto è caduco all'effetto della esecuzione, di cui è il prodromo e l'antiguardo, ma non è cancellato nella storia degli atti utili. Qualche cosa ha operato nella sua qualità di atto conservatorio: ha potuto interromper la prescrizione (articolo 2125 del Codice civile). « Ainsi, ha detto il CARRÉ, l'on ne peut « dire que le commandement soit *périmé* dans « la véritable acceptation de ce mot. » La nostra legge poi ci fa sentire nella chiarezza della sua espressione che, *se qualche atto di propria e vera esecuzione venne operato dopo il precetto*, non occorre più rinnovarlo; il procedimento è radicato, il tempo intermedio non può pregiudicarlo.

4. Sendovi di mezzo *atti di opposizione per parte dell'intimato*, il termine dei sei mesi non comincia a decorrere che *dalla notificazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente;* laonde non si conta il termine anteriore.

Anche il processo esecutivo è soggetto *alla perenzione:* ma alla perenzione di diritto comune, a quella del triennio (art. 388, CHAUVEAU, quest. 2221).

Articolo 567.

Il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge.

Se la cumulazione risulti eccessiva, l'autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa, e può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. Il tema della cumulazione dei mezzi di esecuzione non è ancora abbandonato dalla critica giudiziaria che lo reputa in qualche modo feroce e troppo gravante. Si ricordano con soddisfazione le vecchie Costituzioni piemontesi che distribuivano la esecuzione per gradi, dal mobiliare all'immobiliare, e da questo all'arresto della persona. Si possono dir cose pro e contro; eppure tenendo l'occhio a quel gran numero di spedienti che il legislatore ha saputo trovare per agevolare al debitore sotto la tempesta degli atti esecutivi il soddisfacimento del suo debito, qualcuno vorrà vedervi un compenso. La garanzia del creditore anzitutto, e assicurare l'esito della esecuzione. A questo fine s'inspira la legge, che d'altra parte si affretta a portare il correttivo, e dare in mano al magistrato il freno della esecuzione medesima. Le parole del *capoverso* devono intendersi con semplicità e nello spirito con cui furono dettate. La legge lascia un lato arbitrio al giudice; si confida alla sua cognizione d'affari, alla sua prudenza; l'eccesso è qualche cosa che risalta o non ha bisogno di studii; è qualche cosa che offende il senso della equità e della giustizia. La legge però sembra porre a primo tratto una regola da cui il giudice non potrà scostarsi. *Restringere il procedimento ad un solo di quei diversi mezzi* di cui in principio si è permesso l'uso cumulativo.

Sono mezzi o subbietti di esecuzione: le cose mobili; le immobili; la persona del debitore. Investito di un tanto potere su tutto ciò che vi ha di più prezioso, i beni e la libertà, il creditore potrebbe ad un tempo solo apprendere i mobili e gl'immobili del debitore e gettarlo in carcere, se anche questo modo di esecuzione sia autorizzato da sentenza. Potrebbe farlo sì per un grande che per picciol debito, salvo il vedersi poco dopo privato di una parte del pegno, e lui stesso *condannato al risarcimento dei danni:* per cui la facoltà è, si può dire, data e tolta colla legge medesima. Ebbene: il creditore sceglierà uno dei mezzi, rinuncierà agli altri. *Ma potrà egli scegliere a sua posta in ogni caso?*

Noi abbiamo fatto una ipotesi estrema; abbiamo supposto consumata ad un tratto la triplice esecuzione. Il creditore inesorabile che aveva appreso in abbondanza mobili e stabili, vi rinuncia per tenere il suo uomo in prigione. Può farlo? Egli ha messa la mano sopra una sostanza più che sufficiente, per quanto appare, a liberare il debito; ma no signore, vuol cavarsi questo capriccio, o soddisfare questa vendetta, di tenerlo in prigione. Il carcerato invoca la umana disposizione dell'art. 2014 del Codice civile. Ivi è statuito « che il debitore « può liberarsi dall'arresto personale pagando « un quarto della somma dovuta con gli acces- « sorii e dando pel resto una cautela, » ecc. Egli dirà che il creditore prossimo ad essere pagato per intero, avendone in mano il pegno, è già come lo fosse; griderà al dolo, all'assurdo legale, domanderà la sua pronta liberazione. Essendo questo il lato peggiore del sistema, ci sarebbe non poca difficoltà a difenderlo per via di ragione; ma *lex est.* Oltre questo che è il massimo degli argomenti, si verrà osservando: 1° che dovendo il creditore rinunziare ai mezzi *reali* di esecuzione, il debitore si trova rimesso nella libera disponibilità dei suoi beni e può pagar tosto il suo debito; 2° che l'arresto, quantunque civile, quantunque motivato da un debito civile, non è immune da una tinta di penalità, mentre non suole ordinarsi l'arresto personale che per obbligazioni alle quali non avrebbe potuto mancarsi senza dolo, almeno d'origine (articoli 2093, 2094 del Codice civile); e così si cercherà di attenuare la odiosità del sistema.

2. L'autorità giudiziaria potrà restringere l'esecuzione *qualora un mezzo solo sia stato portato ad effetto e nonostante risulti eccessivo?*

Non si sono pignorati che dei mobili, ma in quantità molto superiore al montare del debito. Motivo di dubitare è quella locuzione del testo: *può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto*, ecc., sembrando che il tribunale non abbia questa facoltà che nell'esercizio contemporaneo di più mezzi di esecuzione. Ma la ragione della legge è identica. La riduzione di una esecuzione eccessiva può sempre ordinarsi. Se questo canone non fosse compreso nella legge che parla di mezzi diversi insieme accumulati per ingrossare fuor di misura il pegno, sarebbe un portato della ragione generale. Allora non vi avrebbe scelta

del creditore: siamo d'accordo (*V.* art. 584).

3. *Del cumulo dei mezzi conservatorii.* Tali sarebbero i sequestri, le inibizioni a non pagare, ecc., all'oggetto di guarentirsi da temute dispersioni. La giurisprudenza tiene con ragione che non si eserciti in questo stato di cose la facoltà dell'art. 567 (Corte di Torino, 12 novembre 1887, BETTINI, part. II, p. 690).

Articolo 568.

L'esecuzione forzata non può aver luogo per un debito incerto, o non liquido.

Se il debito sia di specie non liquidate, e di effetti non stimati, finchè non sia seguita la liquidazione o fatta la stima, non si può procedere alla vendita dei beni, nè all'arresto personale.

Annotazioni.

1. *Debito incerto — debito non liquido*: la legge non può aver fatto lusso di sinonimi. Debito *non liquido* è anche *debito incerto*; ma incerto *di quantità* e non *di causa*. Debito incerto sarebbe il condizionale, l'eventuale, l'alternativo con azione del debitore. Il Codice civile (art. 2081) posò questa regola per la esecuzione sugli immobili; l'articolo 568 della procedura ne fa una regola generale.

Ognun vede che la legge parlando di quei diritti che consistono in quantità numeriche, non avvisa letteralmente a quelli che hanno base nella realtà; la vindicazione di un fondo, il rilascio di beni mobili o immobili. Lo scopo di questo articolo è principalmente di mostrarci in qual senso esso intende la nozione della liquidità.

Quando si tratta *di specie* (di misure di grano, di vino, di olio, ecc., di oggetti non individui), il titolo è certo e liquido per procedere all'esecuzione, non lo è *per la vendita dei beni pignorati nè per l'arresto personale*. La ragione è evidente. Nulla manca infatti alla perfezione del precetto che contiene quella quantità inestimata, poichè il debitore pagando in natura, come suol dirsi, può bene liberarsi dalla esecuzione, e la esecuzione stessa ha dati sufficienti per essere apprezzata dall'equità del giudice. Ma la stima e valutazione in danaro diventa necessaria dal momento che deve stabilirsi il prezzo d'asta, ogni valore risolvendosi in danaro rimpetto ai terzi.

Per quanto spetta *all'arresto personale* vi è una ragione diversa. Il creditore è obbligato a fornire un dato preciso di valore onde il debitore possa prontamente e senza contestazioni soddisfare al debito e liberarsi dall'arresto.

Che poi il testo non disponga che di titoli pecuniarii e di specie riducibili in pecunia, e non di altri diritti forzatamente esigibili, è ulterior prova che *l'arresto personale* può consumarsi per tali che non sono suscettibili di liquidazione, e non hanno rapporto di quantità (art. 2094 del Codice civile).

2. In tre atti o momenti distinti può contemplarsi la liquidità o illiquidità del credito: 1° *Nel titolo esecutivo*. E in vero il precetto destinato a riassumere tutti i caratteristici del diritto esigibile dev'esserne lo specchio fedele; 2° *Nello stesso precetto*. È stato detto assai bene che il precetto nell'ordine esecutivo, equivale alla citazione; 3° *Nei fatti legittimi che si elevano contro lo stesso precetto*, ossia nella *opposizione* del debitore di cui esamineremo l'indole e la podestà, parlando dell'articolo 579 e altrove.

Il *titolo esecutivo* potrebbe portare una somma liquida; un debito capitale di mille, dichiarato fruttifero, ma senza indicazione di somme o di ragguaglio rapporto agl'interessi. Il precetto vi aggiunge gl'interessi in una somma precisata. Questione, se il creditore possa farne ingiunzione precettiva al debitore, non essendo liquidati nella sentenza. Ovvero il precetto aggiunga i liquidati interessi che assevera scaduti. Da ciò si vede scaturire il duplice esame: 1° sul confronto del precetto col titolo esecutivo e in quale relazione debba stare con quello; 2° sulla facoltà che abbia il creditore di aggiungere al titolo esecutivo nel precetto in quanto non faccia che esplicare alcuni dati nel primo genericamente compresi. Da ultimo la *opposizione* contenendo il diritto di eccepire nuovi titoli liquidi, ed anche di attaccare la liquidità del credito denunziato, può concentrare in sè la controversia della liquidità, che lo dissi essere il terzo momento della sua possibile opposizione.

3. Si è sempre distinto in questa materia fra quantità *di facile e pronta* ed altre di *più indaginosa e contenziosa liquidazione*, o più ancora, che non presentano una base positiva e certa a tale operazione.

Intorno al primo soggetto è ben facile a comprendersi che se fosse sempre richiesta una previa liquidazione giudiziale, non po-

trebbe mai eseguirsi un atto contrattuale. Il locatore che ha stipulate le sue corrisposte in danaro, è creditore liquido e certo comunque sia ancora da precisarsi la somma: se tre rate gli sono dovute, si sa bene a quanto ammontano. « Le titre portant le prix annuel des « fermages, la créance se trouve liquide et « certaine par suite de l'évaluation donnée au « fermage annuel » dice a questo proposito il CARRÉ, quest. 1912.

Questo principio di avere *per liquido ciò che è facilmente liquidabile* è adottato anche dalla nostra giurisprudenza (Corte di Torino, 22 ottobre 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 843; Nizza, 29 gennaio 1858, BETTINI, part. II, pag. 288; *V.* la stessa collezione, anno 1862, pag. 428).

4. Vuolsi distinguere inoltre fra quelle enunciative che rendono nullo il precetto e quelle che mediante l'opposizione sono riducibili. Ossia *fra le enunciative infondate e propriamente aggiunte, e quelle che sono fondate e contenute nel titolo esecutivo, avvegnachè possano subire eccezioni* tali da essere diminuite nella quantità o anche venire eliminate dalle eccezioni medesime.

Cominciando dall'ultimo, può dimostrarsi nella opposizione in modo positivo avvenuta la prescrizione? In tal caso il credito sparisce, la esecuzione è impossibile (Vedi però l'articolo 579). *Ma il precetto non è nullo;* rimane operativo nelle altre parti (Corte di Torino, 1° aprile 1858, BETTINI, part. II, pag. 430). La somma intimata è forse eccessiva, ma nella massima parte è certa e indisputabile? Ebbene: *può esser ridotta, salvo la validità del precetto.* Ciò è stato deciso molte volte (Corte di Torino, 12 settembre 1855, BETTINI, part. II, pag. 194; 12 ottobre 1857, ivi, part. II, p. 748; 23 dicembre 1858, part. II, pag. 928, ecc.). Lo può essere per opposizione dell'intimato, o anche per atto spontaneo del creditore; *ma prima però*, a parer mio, *della esecuzione effettiva.* Credito non formulato in cifra è credito liquido nonostante, quando ha con sè tutti gli elementi del calcolo: ma quando si parla *di eccesso*, poco o molto che sia, vi ha una parte d'indebito, ingiustamente pretesa; il debitore è aggravato, non può offerire immediatamente la somma, all'usciere per esempio; e gli conviene sostenere una contestazione. Tale condizione gli è stata creata dall'eseguente contro il testo espresso, e contro ragione. La legge è precisa e ben distingue. *Le specie* dovute, e soltanto le specie dovute, si convertono in formula pecuniaria *avanti la vendita*, per la ragione che dissi a principio, dalla quale formula emerge il valore mercatabile, *quel valore però che in esse era già contenuto.*

Articolo 569.

Nel caso di morte del debitore, l'esecuzione cominciata può proseguirsi contro gli eredi senza che debba sospendersi o riassumersi.

L'esecuzione s'intende cominciata, riguardo ai mobili col pignoramento, e riguardo agli immobili con la notificazione del precetto.

Qualunque notificazione si debba fare agli eredi nel corso dell'esecuzione può farsi loro collettivamente all'ultimo domicilio del debitore, se abbia luogo entro l'anno dalla sua morte.

Annotazioni.

1. Le dottrine che qui si vengono accennando si collegano a quelle esposte nel commento dell'art. 560. *La esecuzione cominciata si prosegue*, e non si fa grazia agli eredi neppure della tenue sospensione concessa dal detto articolo 560, che perciò si applica chiaramente ed esclusivamente *ad esecuzione non cominciata.* In tale stato di cose, assumendo il creditore un vero giudizio *ex integro* (mentre si considera per sè sussistente e separato dal merito il giudizio d'esecuzione), deve, senza eccitamento alcuno, informarsi quali siano le persone che dovrà colpire cogli atti esecutivi; e se citasse il debitore defunto, non verrebbe a soccorrerlo veruna finzione legale che gli facesse perdonare questa non inconsueta profanazione del sepolcro. Per l'articolo 569 egli continuerà i suoi atti contro quel defunto che gli sarà lecito di credere ancora fra i vivi; che se in questo mezzo tempo gli venisse *notificata la morte*, è giuocoforza che cessi la finzione, e dovrà gli atti successivi intitolare agli eredi. Quando adunque l'articolo dice: *la esecuzione non deve sospendersi* o *riassumersi* in confronto degli eredi, non significa che il giudizio debba procedere contro il nome del defunto, se la morte fu notificata. Niuna mutazione però in quanto al luogo cui il creditore man-

derà le sue intimazioni, se preesiste domicilio eletto, secondo le osservazioni da noi fatte sull'articolo 562; ovvero il domicilio sia stato eletto nell'atto di opposizione, secondo ciò che diremo nell'articolo 579.

2. A questa teoria è suggello il secondo capoverso dell'articolo presente. Ivi di fatti si prevedono atti da farsi contro gli eredi, comechè il soggetto dell'articolo *sia una esecuzione già cominciata*. Il domicilio a cui si dirigono è *quello stesso del defunto*, sia naturale o elettivo. Alla condizione però che *la notificazione abbia luogo entro un anno dalla sua morte*. Entro questo giro un'altra comodità è largita al creditore: *la notificazione collettiva* agli eredi; una sola copia per tutti, al domicilio del defunto, come ad un ente morale.

A stabilire quei limiti, la legge parte da due dati d'esperienza. Che in un anno possa portarsi a termine qualunque giudizio esecutivo. Che gli affari della eredità, dopo un anno, abbiano acquistato una consistenza e un ordine definitivo al quale giovi mettere in corrispondenza le relazioni giuridiche esteriori. Su questo argomento scrive l'illustre SCIALOJA nel commentario: « Certamente la facoltà conceduta al « creditore d'intimar gli atti al domicilio del « defunto è una grande agevolazione per lui. « Essa è motivata dalle ragioni medesime che « indussero il legislatore a non richiedere nè « la notificazione prescritta dall'articolo 1099 « del Codice civile (*), nè la riassunzione di « istanza in caso di esecuzione incominciata. « Ma questo beneficio troppo lungamente pro- « tratto riuscirebbe dannosissimo agli eredi, « *creando per essi una specie di domicilio fit- « tizio e obbligatorio*, potrebbe esporli a gravi « inconvenienti se non avesse un certo termine. « Quello di un anno è sembrato sufficiente; « perchè in termine così lungo potrà nella « maggior parte dei casi esser condotta a com- « pimento la esecuzione; e perchè, ove non « fosse, i domicilii degli eredi possono in ogni « tempo esser facilmente conosciuti (**), e per- « chè infine una eccezione al diritto comune « fa d'uopo che non si estenda oltre certi di- « screti confini » (vol. v, part. 1, n° 268).

Ritenuto che la ragione determinativa di tale disposizione è *l'interesse degli eredi* in quanto dopo un anno si ritengono costituiti in una posizione incompatibile colla *collettività* nella quale dapprincipio possono confondersi, ne deriva, che quantunque il processo esecutivo fosse stato interrotto e sospeso per cause non imputabili al creditore eseguente, verbigrazia dall'appello, non si potrà ovviare al calcolo materiale del tempo e prolungarlo, perchè sarebbe turbato quell'ordine che la legge si è proposto di osservare.

4. Vi è però qualche cosa d'interessante che la legge non dichiara. Fermo che il termine dell'anno è perentorio, e che a questo punto il creditore è obbligato a seguire il diritto comune della notificazione verso gli eredi, di presentarli cioè ai rispettivi loro domicilii, si domanda *se il creditore stesso debba assumerne la indagine*, chi sa quanto lunga e laboriosa, e i rischi, come al vergine cominciamento di d'una lite; *se non abbiano piuttosto gli stessi eredi a denunciare il proprio domicilio;* quel domicilio che, a quanto pare, non avevano obbligo di denunciare coll'atto che notificò la morte dell'autore, mentre allora non era necessario conoscerlo, e nel corso dell'anno poteva esser cangiato. Sembra in verità che il creditore, sciente che un nuovo periodo comincia col quale un diverso rito gli viene forzatamente imposto ond'è rimandato alla osservanza della legge comune, sembra dissi che lo stesso creditore debba indagare il domicilio degli eredi; nè questi possano gravarsi della obbligazione di una denuncia di cui non è parola nel testo e sarebbe esempio nuovo nella procedura. Allo stato degli atti, al volger rapido della esecuzione verso il suo termine, caricare il creditore di questo impiccio è per certo cosa grave e poco si direbbe in armonia col nostro articolo che fa le viste di troncar via tutti gli indugii *quando la esecuzione è cominciata;* codesti eredi potrebbero esser molti, sparsi chi sa in quali regioni; delle risponsabilità nuove vengono a cadere sul creditore sulla fine di un faticoso processo, nel momento in cui sta per cogliere il frutto di tanti dispendi. Queste riflessioni mi fecero esitare; ma il difetto è nella legge e in certe sottili e scrupolose previdenze, che io non so se sia meglio conservare o abrogare. Concludo adunque che non sono obbligati gli eredi a denunciare il proprio domicilio.

5. *Nell'esecuzione mobiliare* il precetto non è che un avvertimento e una minaccia; non è neppure ossenziale come prova l'articolo 565. *Nella immobiliare*, è un atto reale, ed appar-

(*) Questo articolo non ha corrispondente nell'odierno Codice civile. È una disposizione di fatti che ha una sede propria nella procedura.

(**) Io non ammetto, come già esposi, l'obbligo di tale investigazione nel creditore: dove la legge tace, è lecito risolversi per ciò che è meno gravante e più conforme al suo spirito.

tiene al sistema organico dello stesso processo. *Il precetto è trascritto*, secondo è imposto dall'articolo 2085 del Codice civile; per esso la condizione del proprietario è immediatamente cangiata: i frutti sono immobilizzati (articolo citato).

Articolo 570.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze, sia in materia civile, sia in materia commerciale, sono decise dal tribunale civile, o dal pretore, nella cui giurisdizione si fa l'esecuzione, osservate le norme della rispettiva competenza per valore, e le disposizioni speciali stabilite in appresso.

Questa disposizione si applica alle controversie sull'esecuzione dei provvedimenti che condannano al pagamento di pene pecuniarie, oppure tassano o liquidano spese di giustizia.

Si applichi altresì alle controversie sull'esecuzione degli atti contrattuali spediti in forma esecutiva, salvo che la quistione cada sull'esistenza, sull'entità, o sull'interpretazione di un'obbligazione di competenza dei tribunali di commercio, i quali in questi casi ne conoscono, osservate le norme stabilite dalla legge per la loro competenza.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze dei conciliatori sono decise dal pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione.

Annotazioni.

1. *Del sistema del Codice.*

Un grave e assai notevole cangiamento si è portato dalla novella legislazione giudiziaria sulle precedenti. *Le controversie sull'esecuzione delle sentenze venivano considerate quali appendici e corollarii delle giurisdizioni che le avevano pronunciate*; ad esse quindi si recavano; ma io non credo che siffatta relazione fosse bene intesa. I giudici che pronunciarono non possono più nulla pronunciare sullo stesso merito deciso: *functi sunt munere suo*. Le contestazioni sulla esecuzione, quand'anche versassero sul modo d'interpretare la sentenza, erano dunque fuori dalla giurisdizione già consumata. Ora si è colto il vero criterio di questa competenza. *Essa è territoriale*. Il giudice del luogo della esecuzione, ecco il giudice naturale. Non vedete quale assurdo nel diverso sistema? La sentenza di merito fu pronunciata in Napoli; la esecuzione si fa in Piemonte: per quale prepotente motivo di diritto si dovrà portare a Napoli una querela che sorge dalla esecuzione medesima? Come ogni competenza territoriale, essa è determinata dal vantaggio e dal comodo delle parti.

Ho toccato di sopra che, *se vi ha questione d'interpretazione*, non perciò la giurisdizione del merito deve intervenire quasi a interpretare se stessa. Checchè se ne dica in contrario (LOYSEAU, *Des offices*, lib. I, cap. 7; DALLOZ, *Compét. comm.*, 385), io non riconosco questa necessità, aggiungo quindi, questa facoltà. Per me interpretare la propria sentenza è tornare sul proprio pensiero e modificarlo, almeno quanto alla forma, dovendosi supporre se non altro l'ambiguità dell'espressione: è una nuova pronunzia *super eodem subjectu*. È ben facile l'aggiungere quando si lavora sulla propria idea, o si rimugina qualche raziocinio che non sembra correre a filo. La podestà d'interpretare nel modo più autentico la mente altrui, sia pur quella eccelsa del legislatore, è nell'ordinario e continuo ufficio dei magistrati.

2. *Della competenza per valore.*

Il *tribunale civile* e il *pretore*, residenti nel territorio *ove si fa la esecuzione*, dovrà conoscere di tali controversie, secondo la portata del *valore*. *Qual valore? Quello che rappresenta la importanza della esecuzione*, o *che risulta dalla sentenza?* Un credito giudicato di cinque mila lire può esser ridotto a mille nella esecuzione, o per pagamento avvenuto, o per volontà del creditore. Perchè rimontare alla importanza originaria del titolo? Non potranno sorgere controversie di esecuzione che superino quella della somma per cui si procede.

Del resto noi abbiamo nell'art. 75 regole e norme imperative applicabili ai giudizi di esecuzione.

Tornando anche una volta sull'esame dell'articolo 75, troviamo il suo concetto dividersi in tre forme giurisdizionali, veramente distinte: 1° *valore del credito*, per cui si procede alla esecuzione; 2° *valore* non del cre-

Digitized by Google

dito, ma quello reale *delle cose che vogliono rivendicarsi;* 3° *valore parziale*, in quanto cioè corrisponde ai crediti singolarmente controversi in un giudizio di concorso. Colle quali distinzioni e partizioni la legge ha voluto chiaramente addimostrare, che *la competenza si fissa sempre e costantemente sull'oggetto immediato della contestazione;* laonde una volta invocato, per esempio, il magistrato di maggior giurisdizione, non attrae punto a sè le contestazioni di minore importanza, come suole avvenire nei casi ordinarii. Il tribunale che fu invocato per decidere questioni contemplate nel n° 1 dell'articolo 75, esaurisce col giudizio il compito suo, e se un'altra questione sorga di poi che abbia rapporto coi n^i 2 e 3, e presenti un valore *compreso nella competenza pretoriale*, non più il tribunale, ma il pretore dovrà adirsi (*). Tutto questo intendo a comodità, a semplicità, a prontezza di giudizi.

A corollario, si può dire che il generale o collettivo *resolvitur in singularitates:* proposizione che si verifica specialmente quando trattasi di *entità reali* e di rivendicazione. Io sono in possesso di una sentenza che riconosce il mio diritto di proprietà su dieci fondi, e mi autorizza a rivendicarli. Io che posso colpirli tutti ad un tratto, mi contento di saggiarne un solo; ebbene se questo fondo, del quale io domando la rivendicazione, non vale più di lire mille e cinquecento, le contestazioni che nasceranno sulla esecuzione saranno portate al pretore, quantunque la mia sentenza sia titolo a rivendicazioni molto più ragguardevoli. Non è uno degli ultimi argomenti che si raccolgono nel corso della pratica per respinger la teoria di una competenza di relazione col giudizio di merito. Assolutamente la questione d'esecuzione nulla influisce sulla intrinseca ragione del titolo, e non forma cosa giudicata verso le altre questioni che potessero di poi elevarsi sul rilascio degli altri immobili (**).

La competenza delle controversie delle quali parliamo può essere divisa da più magistrati, se l'unica esecuzione si estende in diversi territorii, sopra mobili o immobili ivi esistenti. *Il valore che governa la competenza* è sempre quello del credito per cui si procede. Ma se una controversia del genere di quelle contemplate nel numero 1 dell'art. 75 si presenti, ognuno, per esempio, dei pretori che ha sede nei varii distretti è competente. Se due di codesti pretori fossero invocati, avrebbe luogo il diritto di prevenzione (articolo 104).

3. *Della esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio.*

Sotto qualunque aspetto, o di *competenza consequenziale* (***), ovvero territoriale e sostanziale, com'è la presente, il tribunale di commercio soffre la esclusione (Codice di procedura civile francese, articolo 552; ex-napolitano, articolo 613; sardo del 1854, articolo 672; sardo del 1859, articolo 695). Senz'andar molto in là a vedere se la causa della esclusione si ripeta dall'origine della istituzione dei tribunali consolari, e dalla prerogativa superiore dei tribunali civili che soli avevano quello che chiamavasi *imperium* costituito sul territorio, la ragione è manifesta nelle speciali funzioni attribuite al tribunale di commercio, non estensibili a contestazioni di questa natura. Per la stessa ragione viene rimossa la competenza del *conciliatore*, e va a concentrarsi in quella del pretore.

a) Il tribunale di commercio può conoscere delle questioni che si elevano sulla validità ed efficacia del precetto, trattandosi di esecuzione mobiliare?

Motivo di dubitare, che per l'articolo 569 la esecuzione mobiliare *non è cominciata che col pignoramento;* dunque non è controversia di esecuzione; dunque il tribunale di commercio è competente.

Mi giova rispondere colle parole di un gravissimo giureconsulto che si è occupato di questo dubbio, illustrando una legislazione non punto diversa (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, p. 1, n° 272): « Questo, a nostro cre« dere, sarebbe un grave errore. Per deter« minare la competenza del giudice in fatto « di esecuzione, bisogna aver riguardo non « tanto al disposto dell'articolo 672 (cui è del « tutto conforme il nostro 569), *quanto alla « natura intrinseca delle questioni che solleva « la opposizione al comando.* Questa opposi« zione ordinariamente solleva controversie « che ricadono su tutta la esecuzione; peroc« chè, sebbene il comando non sia atto effet« tivo di esecuzione, pur nondimeno la pre« cede, la determina e la contiene tutta come « in germe. Quindi deriva, che sebbene la que« stione che sorge dall'opporsi al comando non

(*) Il procedimento esecutivo è frequente di attribuzioni particolari secondo le varie evoluzioni che subisce; perciò queste massime devono essere intese sotto la riserva del primo periodo dell'art. 579.

(**) Ricordo che quando trattasi del *rilascio di beni immobili* e non di *esecuzione, propriamente detta, di beni immobili*, la competenza è misurata dal valore (art. 563, 744.

(***) Che si deduceva dal pronunciato di merito.

« si elevi dopo che la esecuzione sia realmente « cominciata, pur nondimeno la pregiudica in « tutto il suo corso; ed è quindi di sua natura « una contestazione di esecuzione. Così ancora « la opposizione ad un atto di comando per « una nullità incorsavi, sebbene prodotta pri- « ma che la esecuzione sia lucominciata, ri- « gettata o ammessa che sia, va anch'essa a « ricadere su tutta la esecuzione da farsi, pe- « rocchè si riesce implicitamente a decidere « se il comando è stato ben fatto, e se si può « proceder oltre al pignoramento e alla spro- « priazione ».

Io convengo in codeste osservazioni, ma è più semplice il dire che trattasi veramente di *una controversia di esecuzione*. Che a certi effetti, a quelli determinati dall'articolo 569, la esecuzione mobiliare non s'intenda cominciata coll'invio del precetto, sia; ma che il precetto, eziandio quale atto preliminare, iniziale o preparatorio, non appartenga all'ordine degli atti esecutivi, niuno potrebbe negarlo. Oltre le ottime ragioni dette dal signor SCIALOJA, che dimostra la influenza che la relativa decisione può esercitare su tutta la esecuzione, certissima cosa è che il tribunale di commercio non potrebbe mai ritirare una tale contestazione nell'orbita della propria competenza, e conformarla ai suoi proprii e speciali attributi.

b) Quid *se si tratta di un sequestro giudiziario o conservatorio?*

La domanda di *sequestro*, per usare il linguaggio della legge, *può essere connessa ad una causa pendente* (articolo 927), e in tal caso è ufficio del pretore o del presidente del tribunale, o della Corte il concederlo. E ciò per due principii comuni ad ogni giudizio, e che serbano tutta la loro forza eziandio nei commerciali; 1° che l'autorità investita della causa principale, lo è pure de' suoi incidenti; 2° che la concessione del sequestro ha ragione nel merito stesso della controversia, e sta in un rapporto di convenienza e di opportunità coi diritti dei litiganti. Noi non abbiamo propriamente il *sequestro esecutivo*, ma soltanto l'*assicurativo* (articoli 1870, 1875 del Codice civile, 921, 924 del Codice di procedura civile).

c) Quid *delle cauzioni ed offerte reali?*

Bisogna distinguere. Se sono proposte *pendente il giudizio commerciale*, all'oggetto di assicurare od estinguere una obbligazione commerciale; più ancora se siano proposte *in via principale* al medesimo oggetto, la competenza del giudice di commercio non può essere contraddetta. Non così se la *cauzione* o l'*offerta* sono mezzi di esecuzione di una sentenza commerciale definitiva, o sono diretti alla liberazione del debito giudicato.

d) Della esecuzione di sentenza provvisionale.

Il pagamento di una somma, la prestazione di un fatto qualunque, con cauzione o senza, potrebb'essere ordinato dallo stesso tribunale di commercio *in via provvisionale*, e sulla esecuzione di tale sentenza elevarsi contesa, mentre la questione principale è ancora pendente. Secondo il postulato, che la esecuzione mercè la quale il comando della sentenza si realizza, è fuori della stessa sentenza, e rappresenta una serie di operazioni che non ha verun rapporto con essa, secondo quel postulato, io diceva, il tribunale di commercio manca di facoltà per conoscere delle controversie che cadono sulla esecuzione della propria sentenza provvisionale, benchè non abbia ancora deposta la sua giurisdizione colla sentenza definitiva.

Di fatti che rapporto vi sarebbe egli fra le regolarità di forma di un precetto o pignoramento praticato in forza di una sentenza del tribunale di commercio in istato eseguibile, e la questione di diritto che si agita avanti lo stesso tribunale di commercio?

Per altro dal medesimo concetto sorge la limitazione, ed è, qualora la questione sia tale che implichi col merito pendente; e allora viene a cessare quella base sulla quale il chiarissimo SCIALOJA fondava il suo ragionamento, cioè che *la questione appartiene e ricade tutta sulla esecuzione.*

Il tribunale di commercio ordinò in via provvisoria, *lite pendente*, la consegna di certe merci esistenti in un magazzeno; e portata la sentenza ad effetto, poniamo senza precetto per la disposizione dell'articolo 565, nacque contesa sulla esecuzione o per il modo o per il tempo, o per la quantità e qualità delle merci che si dovevano consegnare. Dove mai dovrebbe recarsi la controversia se non allo stesso tribunale di commercio? Tale questione ha tutto il carattere d'incidente, e come tale permane in dominio dell'autorità investita del merito. Voi vedete che questo fatto rientra nella sua giurisdizione, non in quanto sia esecutivo, *ma in quanto la sua materia è commerciale.*

4. Il quale riflesso gravissimo ci conduce ad estendere, e in certo modo a generalizzare la teoria, svolgendo ulteriormente il sistema dell'articolo 570 sotto il rapporto delle *sentenze provvisionali*, o di quelle appellabili che ordinano la *esecuzione provvisoria.*

La regola è, che *il giudice della esecuzione è*

l'autorità giudiziaria sedente nel luogo ove si effettua, salva la competenza di valore. Per la esecuzione delle sentenze definitive, la regola è inconcussa. Opera ugualmente per la esecuzione delle sentenze ora accennate; *eccettochè la questione non si rifonda sul merito, e in certo modo ne partecipi.* È stato ordinato un temperamento provvisorio che l'uso e godimento d'acque, comune a molti, sia distribuito in un dato modo, e nasce disputa sulla esecuzione. È dimostrato dal solo annunziarla, che dovrà ricorrersi al giudice che pronunciò la risoluzione provvisoria, investito ancora del giudizio di merito. Fingiamo invece che quel modo di godimento e di distribuzione sia stato decretato dal *giudice di prima istanza* con diritto di esecuzione provvisoria. Se si appella, il conoscerne non può che appartenere al giudice d'appello. Questa grande limitazione deve essere scritta al fianco del primo periodo dell'articolo 570.

Non bisogna però lasciare senza una parola il secondo periodo, ove *si parla della esecuzione di provvedimenti;* ma s'intende subito che i così detti provvedimenti non sono che decreti od ordinanze definitive di un presidente, per esempio, o di un giudice delegato. Con questo periodo non si fa che indicare una delle applicazioni del precedente, che potrebbe sembrar dubbia, e non contrasta punto alle allegate dottrine, che ci sembrano certissime.

5. *Della esecuzione degli atti contrattuali* (capoverso 2°).

La esecuzione della sentenza è il prodotto di un esame approfondito del diritto delle parti, il qual esame, fatto una volta e autorevolmente concluso, non deve più rinnovarsi. L'atto contrattuale è bensì la sentenza delle parti interessate, e perciò ottiene uguale effetto: *pactum lex est inter contrahentes;* ma il patto non decide le questioni che egli stesso produce. Qui adunque la legge fa una distinzione bellissima e nuova, fra quelle contestazioni che riguardano il rito e la forma della esecuzione e *quelle che cadono sulla esistenza, entità o interpretazione della obbligazione.* Pertanto la opposizione che va a sollevarsi contro il precetto, può d'un tratto imporre silenzio al titolo esecutivo e arrestare la sua azione disastrosa colla istituzione di un giudizio formale di diritto. Alcuno osserverà che non è poi una grande prerogativa quella che si accorda agli atti pubblici di essere eseguibili al pari delle sentenze, quando si deve poi cominciare e condurre avanti una lite in tutte le regole. Si può convenire; ma infine bisogna frenare l'arbitrio della parte che si vanta creditrice, nè le può essere permesso di percuotere a mano chiusa e senz'alcuna difesa il preteso debitore, che può avere contro il supposto obbligo le eccezioni più perentorie.

La limitazione è scritta apposta per il *tribunale di commercio.* La legge aveva escluso, generalmente parlando, la cognizione del tribunale di commercio nelle controversie sulla esecuzione; era d'uopo, per così dire, riabilitarlo nominatamente e rivestirlo di giurisdizione. Io ne traggo, per ragione di principio, amplissima conferma alle teorie allegate nel numero precedente. In fine la questione di cui si tratta non è punto esecutiva: è la questione di diritto che rampolla e rinasce sulla opposizione. Che diremo dei tribunali ordinarii? Quantunque, come si diceva, non sia propriamente controversia esecutiva, la competenza rimane ai giudici del luogo della esecuzione, che sono i più prossimi e direi presenti, e che, rispetto alla materia, hanno giurisdizione abituale.

Ferma la competenza territoriale, qui potrebbe sorgere questione di competenza *per causa di valore.* Sta bene che la somma del credito per il quale si fa l'esecuzione porga la misura ordinaria della competenza. Ma quando l'opposizione metta in problema il titolo stesso, negando, per esempio, la esistenza della obbligazione, non sarà forse la competenza determinata dalla importanza del titolo, anzichè dal credito che potrebbe comprenderne una parte minima? Trattasi di una vendita d'ingente valore; la esecuzione non cade che sopra una rata d'interessi di poche centinaie di lire, ma non si può decidere senza estendere il giudizio su tutto il contratto. L'obbiezione per altro è delle più comuni in fatto di competenza per ragione di valore, ed ha la sua decisiva risposta nella regola sancita dall'articolo 72 = *Il valore della causa si determina dalla domanda.*

Articolo 571.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze della corte di cassazione, per le spese non tassate, per le indennità non liquidate, e le domande per danni maggiori da liquidarsi in seguito di rigetto del ricorso o rinunzia al medesimo, sono

portale davanti l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza della quale si chiedeva la cassazione.

Le controversie riguardanti la restituzione di quanto si fosse conseguito in dipendenza della sentenza cassata appartengono alla cognizione dell'autorità giudiziaria, a cui sarà dalla corte di cassazione rinviata la causa.

Non essendosi ordinato il rinvio, la cognizione appartiene all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata.

Annotazioni.

1. Qui sono espressi i tre modi di condanne pecuniarie che sono usati dalla Corte di cassazione. D'ordinario e per regola le spese sono tassate. La nuova legge ha temperato il rigore antico, e non obbliga più il soccombente *a pagare alla parte contraria una somma eguale a quella del perduto deposito a titolo d'indennità legale* (articolo 628 del precedente Codice). Ciò non escludeva la riserva delle *maggiori indennità che fossero dovute*. Era troppo. Il deposito è un ostacolo preventivo frapposto alla temerità dei ricorrenti onde riflettano alle conseguenze a cui vanno incontro. Non bastava però; la legge voleva anche punirli della sconfitta che avevano sofferta.

2. *Le indennità non sono mai liquidate* dalla Corte di cassazione. Indagini di fatto, di cui essa non deve occuparsi. Ma quali sono i danni che il vincitore ha diritto di reclamare? È facile rispondere, i danni immediati e diretti. Tali saranno quei maggiori dispendii che l'intimato ha dovuto sostenere per necessità di difesa. Ma l'atto stesso del ricorso, in quanto fu rigettato, potrà allegarsi quale causa di un danno, come si direbbe di un fatto illecito? Mi spiego con una ipotesi. L'intimato crede di poter provare che in vista del ricorso e delle gravi conseguenze che gli potevano derivare dall'esecuzione della sentenza, ha dovuto sospenderla; e con ciò ha patito danno. Oppure che il giudizio di cassazione ispirando timore a quegli offerenti che avrebbero volontieri acquistato il fondo controverso, egli ha perduto le buone occasioni. Questi o simili lamenti non devono attendersi. *Essendo il ricorso in cassazione un mezzo permesso dalla legge*, quantunque abbia avuto esito sinistro, non può scambiarsi con un'ingiuria e con un fatto illecito onde porlo come causa efficiente di un danno risarcibile; in altre parole, di un danno che non sia conseguente e prodotto immediatamente dallo stesso giudizio.

3. Lungamente fu discorso agli art. 543 e 546 sulla competenza razionale della corte o tribunale a cui dopo la cassazione è rinviata la causa per conoscere delle restituzioni che devono aver luogo in seguito di quella. Il capoverso del presente articolo ce ne porge la piena conferma. Ma vi è caso *in cui non si pronunzia il rinvio*, ed è quello del n° 1 dell'articolo 544 (*V.* le ANNOTAZIONI a quell'articolo). Fingiamo la sentenza annullata per incompetenza abituale dell'ordine giudiziario; perchè trattavasi, per esempio, di uno straniero che non poteva essere giudicato dai tribunali dello Stato. Noi intendiamo perfettamente la volontà della legge, *di commettere il giudizio delle restituzioni all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata*; intendiamo ancora che quantunque l'autorità giudiziaria non avesse giurisdizione sullo straniero, quale convenuto, in giudizio a lui passivo, si rivesta di giurisdizione ogni volta che lo straniero si fa attore e reclama dei diritti. Ma ditemi come avvenga che il giudice di cui fu cassata la sentenza per ragione d'incompetenza, che non ebbe potere giuridico per conoscere della causa, possa conoscere degli effetti? Donde il nesso logico e la radice di questa improvvisata competenza? Non sarebbe meglio osservare anche in queste specie le norme generali della competenza: far giudice cioè di tali questioni quello del domicilio del convenuto? O se meglio si crede, quello del luogo della esecuzione? Per l'una o per l'altra competenza vi sarebbero ragioni: per quella impostaci da questa legge sembra, ci si perdoni, non esservene alcuna.

Articolo 572.

Quando nell'atto di esecuzione sorgano difficoltà che non ammettano dilazione, il pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione, ancorchè la causa non sia di sua competenza, dà i provvedimenti temporanei occorrenti, e rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Digitized by Google

Questi provvedimenti possono anche darsi dal conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione, se ivi non risieda il pretore.

Annotazioni.

Vi sono *difficoltà materiali* che l'usciere ha potere di rimuovere in forza del proprio ufficio che gli attribuisce quella porzione d'autorità di cui ha bisogno per compierlo (articolo 596). Se trattasi invece di una casa abitata dal debitore che rifiuta di aprirla, non vorrei pronunciare che l'usciere commetta un'irregolarità di cui si rende risponsabile atterrando la porta senz'averne il permesso del giudice, ma sarà prudentissimo il chiederlo. Più rigorosi e più diffidenti i francesi, misurano i passi all'usciere; non gli permettono di atterrare l'uscio d'una stalla senza la presenza, per lo meno di un commissario o di un agente di polizia (articolo 587 del Codice di procedura civile francese). Ma ove la casa sia abitata, e lo stesso abitatore della casa rifiuti di aprire la porta, secondo i francesi è *questione di violato domicilio* (COLMET-DAAGE, 6ª edizione, tom. II, nº 847).

Il permesso però che si può o si dovrebbe chiedere in siffatta contingenza al giudice, non è propriamente il tema del nostro articolo 572. Egli è invece quando il giudice stesso interloquisce come tale, e *quale riparatore istantaneo di un disordine, il cui riparo non ammette dilazione*. La legge ne ha fatto qui una regola generale per tutti i casi di questa natura, e ha fatto bene: di simili casi si vengono anche tassativamente indicando nel corso del processo esecutivo. Questo potere del giudice locale che si esercita senza forma di giudizio, *stans pede in uno*, che non si compenetra nella funzione dell'usciere, che sfugge per un momento alla competenza ordinaria, è e deve dirsi straordinario e d'indole la più delicata e la più facile ad infrangersi, e di cui si vuol far uso con estrema prudenza (*).

Articolo 573.

Nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario.

Articolo 574.

Le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizi di esecuzione non sono soggette ad opposizione, e non è ad essi applicabile la disposizione del capoverso dell'articolo 382.

Annotazioni.

La disposizione, come generale che è, domina felicemente tutto il procedimento esecutivo.

Articolo 575.

Quando il creditore che sostiene la procedura della esecuzione trascuri di continuarla, i creditori che presero parte all'esecuzione mobiliare, e i creditori iscritti, nel caso di esecuzione immobiliare, possono chiedere, anche all'udienza, di essergli surrogati.

Vi è negligenza quando il creditore non adempia una formalità o un atto di procedura nei termini stabiliti.

Il creditore instante deve rimettere al creditore surrogato i titoli e gli atti del procedimento, sotto le pene stabilite nell'articolo 170.

Annotazioni.

1. È forse la prima volta che *in fatto di esecuzione mobiliare* la procedura si occupa del *diritto di prosecuzione*. Questo diritto si appoggia sul principio della *comunione del*

(*) È sentito dalla pubblica coscienza il bisogno di migliorare la condizione economica di quel magistrato importantissimo che è il *pretore*, a cui si svariate o difficili incombenze sono affidate. Approfitto di questa occasione, un pochino indirella, per unire il mio voto al voto comune.

pegno. Il pegno mobiliare è comune quando vi sono più associati alla esecuzione o per lo stesso o per distinti atti. In materia di esecuzione d'immobili, collo stesso principio, variano gli elementi di diritto, come veniamo a dire.

In due modi si associa alla esecuzione mobiliare. Col medesimo atto quando più creditori procedono contestualmente al pignoramento: con atti separati nell'evenienza considerata dall'articolo 598. Trattandosi di *esecuzione immobiliare*, se ne togli il caso di più creditori procedenti in virtù del medesimo titolo, l'associazione del secondo genere non si concede; la legge tira una linea ben marcata fra l'una e l'altra esecuzione; anzi per la immobiliare non vi è propriamente oppignorazione, come vedremo (articolo 661).

2. **Precedenti storici.** — Gli art. 721 e 722 del Codice di procedura francese avvisarono a questo diritto, ma in termini abbastanza vaghi per eccitare opinioni diverse, nessuna delle quali era irragionevole. Il Boitard ce ne dà conto con una larghezza non famigliare al suo metodo (*Leçons de procédure civile*, n° 987).

La *prima opinione* dice, che il *diritto di surrogazione* (chè tale può chiamarsi) non è dato che ad altro creditore che ha fatto esecuzione sugli stessi beni. La *seconda* che, concorrendo collusione, frode o negligenza (soggetto dell'articolo 722), ogni creditore è in diritto di continuar gli atti, sebbene non abbia praticata un'altra esecuzione. La *terza opinione* sostiene, che ogni creditore senza distinzione e senza preamboli di fatti esecutivi per parte sua, purchè vi abbia interesse, ha diritto di procedere in luogo e vece dell'eseguente che trascura o abbandona la procedura, forse per arte se si accordi col debitore, o non sia che un prestanome di lui. Senza ciò, quale ingiustizia, quale assurdo! Per altro, quantunque da questa introduzione si potesse arguire al diritto di tutti i creditori, si finiva col sostenere più specialmente il diritto dei *creditori iscritti*, collegati nel loro interesse alla sorte dell'espropriazione. La *quarta opinione*, che è quella dell'illustre espositore, estende la surrogazione a tutti i creditori, non esclusi i semplici chirografarii, e adduce fra le altre queste ragioni: « Refuser ce droit aux créan« ciers chirographaires, ne c'est pas ouvrir la « porte à la fraude que je signalais en expo« sant la troisième opinion? Ne c'est pas don« ner au débiteur le moyen de rendre illu« soires les droits des créanciers chirogra« phaires, en faisant faire par un prête-nom « une saisie immobilière qui ne serait pas sé« rieuse, et que le saisissant abbandonnerait « plus tard? ».

3. Poichè il nostro testo, che del rimanente non è nuovo nei Codici italiani, *restringe il diritto di surrogazione ai creditori iscritti*, sarebbe vano il venir disputando sulle dottrine. Nondimeno noi che facciamo opera, per quanto ci è dato, di portar lo sguardo della mente un po' più in là delle parole, vediamo altresì la ragione della legge. Vera *comunanza del pegno immobiliare* non è fuori dei creditori aventi iscrizione ipotecaria su quelli. La contraria dottrina non è fondata a veruna maniera di criterio. Se il creditore chirografario, sia pure creditore quanto vuole, non è fornito di *un titolo esecutivo*, come potrà pretendere di mettersi in linea coi creditori più avanzati, che possessori di questo titolo lo hanno altresì eseguito, o coi creditori ipotecarii che professano sulla sostanza un diritto reale anteriormente acquisito? La frode, la collusione! S'intende male come per frode e collusione un proprietario qualunque si faccia oppignorare i proprii beni. Ma sia pure la frode, almeno nella sospensione o nel ritardo. Ma a chi si farebbe? Si respinge e si punisce la frode quando è diretta *a privare altrui di diritti che già ritengono*, o ad impedire che possano acquistarli, o sperderne i frutti che dovrebbero raccogliere. Qui breve il dilemma: o i creditori chirografarii sono in possesso di un titolo esecutivo, nessun danno perchè possono ad ogni momento apprendere gli stessi beni; o non hanno titolo esecutivo, non avendo nessun diritto reale sulla cosa, e neppure il mezzo di prontamente acquistarlo, di che possono dolersi?

4. *Sulla negligenza del creditore pignorante.* Noi dunque non parliamo di frode, ma di negligenza semplicemente. La nuova legge ha voluto determinarla.

Siamo d'accordo che l'operazione mediante la quale si effettua il pignoramento dev'essere compita anzichè altri si avvisi di continuar gli atti a pretesto di negligenza, se *una formalità* o *un atto di procedura non fu adempito nei termini stabiliti*. Se questo testo dovesse intendersi come suona, oltre la difficoltà della sua applicazione, non produrrebbe il minimo dei vantaggi che secondo il suo spirito dovrebbe. La procedura esecutiva, come sanno i pratici, è quasi tutta seminata di termini sospensivi, onde gli atti che si succedono non possano farsi che a certi intervalli e prima di un dato tempo: intervalli che rappresentano quasi le pause della procedura e i respiri che si vengono conce-

Digitized by Google

dendo agli oppignorati per riaversi, e liberarsi potendo. Il ritardo consiste generalmente, non *nel non adempire un atto* o *una formalità in un termine stabilito*, ma nel fermarsi sulla via, non proseguendo quegli atti che la legge traccia ma non impone al creditore. Un esempio. Articolo 662: « Il creditore, scaduto il « termine di giorni trenta, *può* promuovere la « vendita dei beni immobili, » ecc. Qui non vi è nessuna ingiunzione a carico del creditore, nessun atto non adempito in un termine obbligatorio. Eppure si ritarda, e tanto che non si va più innanzi. Non sarà il caso in cui il creditore che ne ha diritto, potrà farsi surrogare al creditore negligente a proseguire gli atti esecutivi? A me pare, e così parrà a tutti che debba essere. Il perchè ci conviene censurare questo testo nella forma per metterne in rilievo l'intenzione e lo scopo. Quanto meglio lasciare ai giudici lo apprezzare il caso della negligenza, non senza assegnare eziandio al creditore oppignorante un termine perentorio a continuare, colla comminatoria di decadenza!

5. È bene fare osservazione su quella clausola del testo, *i creditori possono*, ecc.; prova che non si ha *ipso jure* la facoltà di proseguire.

6. Quantunque l'articolo 170 attribuisca la podestà relativa al *presidente*, in questo caso potrà anche esercitarsi dal collegio.

Articolo 576.

Quando l'uffiziale che procede all'esecuzione sia ingiuriato o trovi resistenza, fa processo verbale e lo trasmette al ministero pubblico. Può anche richiedere l'assistenza della forza pubblica.

Annotazioni.

Nei precedenti Codici si scriveva: *e gli autori saranno puniti come rei di oltraggio e di ribellione alla giustizia.* Fu ben veduto che una disposizione penale non doveva aver sede in quest'articolo. L'usciere, sorpreso da vie di fatto e da ingiurie, *ne fa processo verbale*, che sarà base di un procedimento penale. Non è in questo caso che si ricorre al magistrato civile, che non ha nulla a decidere; ma si può ricorrere alla questura locale, l'usciere può domandare l'*assistenza della forza pubblica*, sospendere o consumare la esecuzione. Ciò dipende dalle circostanze lasciate alla prudenza di lui.

Digitized by Google

TITOLO II.

DELL'ESECUZIONE SUI BENI MOBILI

CAPO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

Articolo 577.

Nel precetto per l'esecuzione sui beni mobili deve farsi al debitore l'intimazione di pagare nei cinque giorni successivi l'importare del debito, e l'avvertimento che non pagando nel detto termine si procederà al pignoramento.

Annotazioni.

1. Disposizioni che andavano sparse in altri Codici furono raccolte in un Capo introduttivo come generali e comuni alle tre forme di esecuzione mobiliare (*). Così le redazioni, sempre difficili, dei Codici di procedura si vanno migliorando. Concetti ancora più generali furono espressi nel Titolo I; ivi furono poste le basi e i requisiti del *precetto esecutivo*. Il presente non è che un'appendice dell'art. 563; unico scopo la irrogazione del termine, e la sua discretiva coll'articolo 659, che concerne l'esecuzione degli immobili.

2. *Che il creditore sia tenuto a specificare nel precetto il modo di esecuzione ch'egli intende prescegliere*, non lo troverai letteralmente scritto; e ora meno che mai potrebbe sostenersi una opinione simile. In massima è accettabile la solenne dottrina della Corte di cassazione francese, che un *commandement* (precetto), che parve mirare o mirò in effetto a esecuzione immobiliare, può tener luogo di quello che deve precedere la esecuzione mobiliare, quand'anche fossero decorsi i tre mesi nei quali, giusta quella procedura, la esecuzione avrebbe dovuto avere effetto (Cassazione francese, 27 marzo 1827, *Jour. Av.*, t. XXIII, p. 3). Molto più, aggiunge il CARRÉ, di questo dobbiam andar sicuri, se nel precetto non siasi preso, per così dire, preventivo impegno, limitandosi alla comminatoria generica della esecuzione reale. È cessata, come si notò in altro luogo, quella specie di graduatoria legale cui il creditore doveva sottostare apprendendo certi beni e certe sostanze prima di certe altre. Siamo giunti sino a questo estremo, *che tutti i mezzi d'esecuzione possono cumularsi* (articolo 567). Quando adunque (ecco quello che si va a concluderne) il precetto sia così largamente enunciato da comprendere *il maggior termine* e le formalità necessarie, il creditore si troverà in regola per battere tutti ad un tempo i suoi mezzi di esecuzione, e anche passare dall'uno all'altro (**). È chiaro che dal precetto costrutto nella forma di quest'articolo non si potrà far transito alla esecuzione sugli immobili, neppure trascorsi i trenta giorni che per l'articolo 659, come vedremo, *deve inchiudere il termine espresso*.

Articolo 578.

Quando vi sia giusto timore di danno nel ritardo, il pretore può autorizzare il pignoramento anche immediatamente dopo la notificazione del precetto, o la notificazione della sentenza indicata nell'articolo 565.

(*) 1° Pignoramento di mobili presso il debitore; 2° Pignoramento di frutti pendenti dal suolo; 3° Di mobili e crediti presso terzi.

(**) Dato, per esempio, lo spazio di trenta giorni con dichiarazione che — scorso quel termine, si procederà all'esecuzione sì *degl'immobili che dei mobili*, e di ogni altra sostanza del debitore, secondo che il creditore stimerà del proprio interesse. —

Digitized by Google

L'autorizzazione è data in fine del titolo esecutivo, e ne è fatta menzione nel processo verbale del pignoramento; essa non è soggetta a reclamo.

L'autorizzazione può darsi dal conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione, se ivi non risieda il pretore.

Annotazioni.

1. « Quando vi sia giusto timore di trafugamento », si diceva nell'articolo 704 dell'ultima procedura. La dizione è stata corretta, e ciò è molto notevole. *Quando vi sia giusto timore di danno nel ritardo*, è di una latitudine che (non essendo prescritto *un dato e specifico motivo*) lascia luogo alle più prudenti determinazioni. Il giudice locale è più che mai informato dello stato delle famiglie, della condizione e carattere delle persone fra cui vive. In vero il *pericolo di trafugamento* si potrà sempre temere dai poco abbienti, ridotti a quelle masserizie oppignorate che si crederanno anche in diritto di non dar del tutto in preda al creditore inesorabile. Il *trafugamento* è prodotto da fatto doloso; il danno può derivare dalla situazione o condizione degli oggetti pignorabili e da tante altre cause: sta bene adunque, e deve commendarsi la mutazione. Grande è quest'autorità del giudice locale. Non occorre il dire che la domanda gli vien porta in via stragiudiziale, accompagnata da prove; talvolta potrà bastargli la notorietà; nessuna prova speciale è prescritta, nessuna regola. *In fine del titolo esecutivo* è scritta l'autorizzazione, poi è menzionata nel processo verbale dell'usciere. *A pena di nullità*, aggiungasi, senzachè l'usciere mancherebbe di potere legittimo.

2. Pertanto, appena notificata la sentenza, *è immediatamente eseguibile*, se così pare al giudice locale: *immediatamente*, senza verun intervallo, nello stesso giorno, nella stessa ora. Uno dei caratteri del Codice è di ammannire per ogni parte i mezzi ad assicurare il creditore in pericolo e se gliene deve tener conto. Ciò che preme, e deve rimanere assolutamente inviolabile e fuori di ogni arbitrio di giudice, egli è — che mai non si porti ad esecuzione sentenza non formalmente dichiarata eseguibile. Provvede e rassicura il *titolo esecutivo*, indispensabile sempre, e che fa fede del trascorrimento dei termini che il debitore aveva diritto di godere.

Articolo 579.

L'opposizione al precetto deve proporsi con citazione a comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a norma dell'articolo 570.

Annotazioni.

1. La *opposizione al precetto* è annunciata con tale semplicità da quest'articolo, che non lascia travedere ciò che vi ha in esso di poco noto o di oscuro. Che possa farsi *propriamente una opposizione al precetto o atto di comando*, specialmente in fatto di esecuzione di mobili o crediti, non fu mai detto con precisione dalle procedure precedenti, cominciando dalla francese; soltanto qua e là si avvisava ad opposizioni o contestazioni che potevano sorgere lungo il corso del procedimento, per le quali anche si stabilivano norme di trattazione. Malgrado la imperfezione di questa parte del sistema, la giurisprudenza si era levata unanime a riconoscere il diritto della opposizione al precetto; la pratica è stata sempre costante fra noi. Ora vediamo questa formola dell'articolo 579 stabilire proprio *un diritto di opposizione al precetto*, non occupandosi però che dell'autorità giudiziaria alla quale dev'essere sottoposta. È troppo evidente che si doveva rientrare nel disposto dell'art. 570, che ha tutta l'attitudine per comprendere anche questo. L'entità del credito enunciato nel precetto fornisce il termine di valore.

2. *Materia della opposizione.*

È da osservare primieramente ch'essa può essere di diritto sostanziale, una vera opposizione di merito.

L'articolo 570, sul quale dobbiamo tornare anche una volta, ci mostra quando avvenga o si verifichi tale questione che involve tutta quanta l'importanza del diritto in contesa, ed è quando *si è mandato ad esecuzione un atto contrattuale*. Secondo una osservazione che si fece trascorrendo l'art. 570, questa maniera di esecuzione ha non rare volte una base molto vacillante, molto incerta, eziandiochè sia

quella di un atto pubblico. Le questioni che si suscitano, possono bene trovarsi fuori dell'atto, o contro l'atto, e meritar esame malgrado le grandi guarentigie degli articoli 1317, 1341, ecc., del Codice civile. La legge lo ha saggiamente preveduto nel citato art. 570, favellando di cose commerciali. Non fondandosi la esecuzione in una vera e propria sentenza, in cui le ragioni delle parti furono ventilate e discusse, quante volte si sentirà il reale bisogno d'instaurare una fiera lite, non fosse che sulla intelligenza, sulla interpretazione e sui caratteri giuridici della convenzione!

Così il *merito stesso*, l'importanza sostanziale della contesa, *può diventar materia della opposizione.*

Ma dalla esecuzione effettuata *in virtù di atto contrattuale* passiamo a quella che si effettua *in virtù di sentenza*, costituisca o no cosa giudicata (*).

Che possa esser materia di opposizione lunghesso il procedimento esecutivo quella che fu agitata e decisa dalla sentenza medesima, non potrà mai credersi. Ma qual è dunque, le domando anche una volta, il subbietto ordinario, comune, naturale, se mi si permette, dell'opposizione preconcetta dall'articolo 579?

La opposizione *è di forma* quando pretende la violazione dell'ordine che era debito osservare; può attaccare il titolo fondamentale dell'esecuzione; la regolarità del precetto, le modalità che esprime, per distruggere il processo esecutivo nei suoi primordii, e costringer l'avversario a rinnovare alcuni degli atti prescritti. La opposizione di *merito* e di fondo, per le ragioni già dette, dev'essere frenata in certi limiti. Vediamoli.

Sono nel corso della procedura esecutiva prodotte opposizioni *che non sono opposizioni al precetto.* Vengono indicate nel loro proprio oggetto nel Capo VII di questo e nel Capo I, sez. 1, § 4 del Titolo seguente. Non possono confondersi; che anzi, prego farne memoria, le opposizioni di questa seconda maniera che sorgono a processo molto più inoltrato, le opposizioni dei creditori, lungi dal portarvi ostacolo, non fanno che confermare la procedura.

3. *Della eccezione di pagamento.*

Colla opposizione al precetto non si può rimettere in questione il giudicato; ciò è ben semplice. Senonchè, oltre le eccezioni di forma, si possono opporre le *eccezioni di pagamento;* dibattere gli accenti; e se si ha un credito liquido, pronto, indubbio, capace a compensare quello per cui si procede, la eccezione di compensazione potrà essere accolta. Così il giudice dell'esecuzione (art. 570) sarebbe competente a conoscere di eccezioni, sussistendo le quali verrebbe a troncarsi di tratto l'esecuzione, niente meno che col soddisfacimento del debito che è il suo scopo. « La compen- « sazione si fa di diritto in virtù della legge » (art. 1286 del Codice civile).

4. *Della eccezione di prescrizione.*

La prescrizione essendo un mezzo per liberarsi da una obbligazione (articolo 2103 del Codice civile), non è forse una delle eccezioni che possano presentarsi contro il precetto di pagamento, contro la minaccia di una esecuzione?

Noto come argomento favorevole all'affermativa, che se non si trattasse di un giudicato sempre irreformabile dal giudice della esecuzione; se si trattasse invece *di un atto contrattuale*, per l'articolo 570 (capoverso 2°) la disputa della prescrizione potrebbe senza dubbio sollevarsi, poichè andrebbe a ferire la efficacia e la potenza del titolo esecutivo. Ma quando si agisce in forza di sentenza, l'ostacolo è appunto nel giudicato.

La prescrizione *è eccezione perentoria:* « Ideoque non est necesse eam opponi *statim* « *initio*, quia satis est ut quandocumque con- « testetur... Quum tamen peremptoriæ exce- « ptiones quandocumque ANTE SENTENTIAM op- « poni potuissent... Denique præscriptio longi « temporis *quandocumque ante sententiam* op- « poni potest » (CUJACCIO, ad tit. de exe. seu præscript. longi temp.). La eccezione della prescrizione *può opporsi in ogni stato della causa*, ecco ciò che si desume limpidamente dal testo romano. Questo dettato dell'antica sapienza fu raccolto dall'articolo 2224 del Codice Napoleone. Il nostro non è meno favorevole nel suo articolo 2110: « *La prescrizione* « *si può opporre anche in appello*, se chi aveva « diritto di opporla non vi ha rinunziato ».

Ma che da tutto questo? Che la eccezione in appello, avvegnachè opposta con istanza, *non è domanda nuova:* conserva sempre il suo carattere d'eccezione perentoria. Ma non ne segue però che, *a sentenza pronunciata, in mero giudizio esecutivo*, sia proponibile. A codesta eccezione si rinuncia o *espressamente* e *tacitamente* (articolo 2111 del Codice civile). Ebbene chi non la propose finchè il giudizio di fondo rimase in vita, deve ritenersi avervi tacitamente rinunziato. Eccezione che non potrebbe

(*) Eseguibile provvisoriamente.

invero risorgere avanti il giudice della esecuzione senza risuscitare la questione decisa.

Queste cose noi rechiamo innanzi per quanto riguarda *una opposizione a precetto esecutivo formata dal debitore*. In ordine ai terzi conviene un altro discorso. Anco i terzi hanno interesse talvolta di combattere con tutti i mezzi un credito che si contrappone al consegnimento del loro. E primieramente è ad essi accordata la *opposizione di terzo* (articolo 2112 del Codice civile; TROPLONG, *Della prescrizione*, n° 102); hanno poi campo per dedurre le eccezioni rispettive nel giudizio di graduatoria.

5. **Questione** *se il terzo possa fare opposizione all'atto di comando o precetto.*

A mio avviso il terzo non può fare opposizione al precetto, *se non abbia interesse diretto e attuale* nella esecuzione. La legge negli articoli 510 e seguenti ha con accuratezza tracciata la via che può percorrere, divisata l'autorità giudiziaria alla quale deve rivolgersi. Se il terzo non è che un creditore chirografario, si fecero sul conto suo osservazioni all'articolo 575, che possono valere anche qui. Se ipotecario, senza bisogno di *opposizione di terzo*, la legge soccorre in più modi alla incolumità de' suoi diritti del resto solidamente fondati nella sua ipoteca. Ma il terzo potrebbe togliere un proprio interesse dalla posizione che gli è fatta dal Capo V di questo Titolo, e dall'articolo 706, e talvolta si è anche creduto opportuno di sospendere la esecuzione, rimettendo la causa al magistrato competente (Corte di Casale, 28 marzo 1859, BETTINI, tom. II, pag. 321.

Articolo 580.

L'opposizione non sospende l'esecuzione o la continuazione del pignoramento, salvo il caso indicato nell'articolo 477.

L'esecuzione è sospesa, se il debitore consegni all'uffiziale che fa il pignoramento, a titolo di deposito, la somma intiera per cui si procede e lo importare delle spese.

Annotazioni.

1. *Primo caso di sospensione.*

Limite al proseguimento della esecuzione è il caso dell'articolo 477. Quest'articolo parla *di un'altra specie di opposizione*, di quella che si eleva contro una sentenza proferita in contumacia.

La sentenza contumaciale può essere mandata ad esecuzione, di diritto, *scaduto il termine a fare opposizione, che è quello dell'articolo* 476, quantunque tale sentenza non sia provvisoriamente eseguibile. Nondimeno al contumace è concesso rappresentarsi ancora *sino al primo atto di esecuzione, se la sentenza non gli è stata notificata in persona propria* (articolo 477, princ.). Ora noi sappiamo che il primo atto di esecuzione mobiliare è il *pignoramento*, dell'immobiliare il *precetto*. Il contumace adunque, scosso dal rumore di quella, comparisce e protesta contro la esecuzione nei modi da quell'articolo disegnati. Indi nel termine, ivi pure prescritto, fa la sua opposizione di contumace e tenta di prender il suo posto di contraddittore in giudizio. L'art. 477 aveva già prevenuto il presente, dicendo, che *la opposizione fatta nel modo e nei termini suindicati impedisce* (cioè arresta) *la esecuzione della sentenza:* al che bisogna aggiungere, che gli atti fatti devono ritenersi per validi finchè il convenuto non riesca vincitore nella sua opposizione. Con ciò l'articolo 580 trova in quello il suo riscontro, e la limitazione è seguita da una sottolimitazione, *purchè non sia stata ordinata la esecuzione provvisoria*. Nel qual caso si rientra nella regola generale che la *opposizione non sospende*.

Quindi la seguente parafrasi dell'art. 580. = Se la sentenza che si manda ad esecuzione sia stata proferita in contumacia, non sia stata notificata in persona propria al convenuto, e non sia munita della clausola di esecuzione provvisoria non ostante appello od opposizione, la esecuzione rimane sospesa qualora il convenuto si presenti all'atto di pignoramento se trattasi di esecuzione sui mobili, o si opponga al precetto se trattasi di immobili, nei modi e termini proposti dall'articolo 477. =

2. *Altra causa di sospensione.*

Perchè non dovrebbe sospendere il pagamento?

L'usciere ha bisogno di un mandato, l'esecuzione è un fatto della parte. Il mandato però dell'usciere, in ordine ad esecuzione mobiliare, è comprovato dal possesso del titolo esecutivo che non può provenirgli che dalla mano del creditore. È stato osservato, io credo con ragione, che il debitore è liberato da

ogni risponsabilità pagando all'usciere *istrumentante*, nell'atto cioè in cui esercita la sua funzione e ne scrive il verbale. Se fuori di essa, in altro tempo o luogo, il debitore pagasse, l'usciere non sarebbe considerato che qual semplice gestore *ad negotia*, non più quale ufficiale pubblico nell'atto del suo esercizio; e della malversazione del danaro dovrebbe rispondere il pagatore medesimo verso il creditore per la sorte, o verso il procuratore della causa per le spese (DALLOZ, v° *Saisie-exécution*, n° 35).

La sospensione può intendersi così di un pignoramento non ancora cominciato, poichè lo ingrato presentarsi dell'usciere vale una flagrante minaccia; e può intendersi eziandio di un pignoramento che si sta operando. Intanto ciò che è fatto, è valido: il pagamento è semplicemente *un deposito:* il creditore può dedurre avanti il giudice dell'esecuzione, se ne ha, ragioni in contrario, suppongo, sulla non integrità del pagamento; il debitore, dal canto suo, può costringerlo alla formale liberazione, e allora ogni traccia del pignoramento si estingue.

Articolo 581.

Il pignoramento è perento di diritto se la vendita non abbia luogo nei giorni novanta successivi al pignoramento, e il creditore pignorante soggiace alle spese.

Non è computato nei giorni novanta il tempo decorso per le opposizioni o altre quistioni incidentali.

Articolo 582.

Per il pignoramento e la vendita dei bastimenti di mare si osservano le disposizioni del codice di commercio.

CAPO II.

DEI BENI MOBILI CHE POSSONO ESSERE PIGNORATI

Articolo 583.

Il pignoramento può estendersi a tutti i mobili del debitore che si trovano presso lui o presso terzi, e alle somme al medesimo dovute, salvo le eccezioni stabilite negli articoli seguenti.

Annotazioni.

1. *Che non si può trattare delle necessarie distinzioni delle materie soggette ad esecuzione senza risalire ai principii generali per cui si determina la divisione delle cose.*

In effetto dentro questa divisione che il Codice di procedura disegna allo scopo di discernere i modi della esecuzione mobiliare ed immobiliare, si ripercuote quella che il Codice civile ha dovuto stabilire in principio, di *beni immobili* e di *beni mobili*, nelle quali due grandi categorie *tutte le cose* si contengono. La legge civile considera le cose in quanto sono *beni*, in quanto cioè fanno parte del nostro patrimonio e della nostra fortuna economica; e così continua a chiamarle con ben inteso rapporto il Codice di procedura.

Nel porre ben ferme e ben distinte le basi di tutta la materia giuridica, la legislazione ha un interesse capitale e sommo, poichè ne discendono applicazioni senza numero, e per esse acquistano carattere proprio infinite relazioni di diritto che per la loro natura, la quale potrebbe chiamarsi mista, hanno d'uopo di una direzione normale. Noi, studiando questo ramo della procedura, non vediamo che alcune peculiari applicazioni di quel sistema; versiamo in un campo limitato e speciale; sentiamo nonostante che in gran parte si deve dipendere da quella regola. È cosa evidente che per sapere se i beni che vogliamo forzatamente apprendere siano *mobili* o *immobili* per accomodarvi i varii metodi della procedura e

conseguirne l'effetto, bisogna ai principii stabiliti dal Codice civile conformarsi.

L'antichissima distinzione di *cose corporali* e *incorporali* è stata, com'è noto, abbandonata dai Codici moderni, trovando meglio osservarle immediatamente nel loro rapporto giuridico e nella corrispondenza col diritto civile, ossia come *oggetti di diritto*. Le definizioni di natura, a cui i legislatori romani si erano principalmente attenuti, hanno dovuto perciò consociarsi al sistema artificiale dell'uomo; onde conseguita che vi hanno cose naturalmente mobili che la legge dichiara immobili *per destinazione;* vi sono concetti della mente diretti essenzialmente ad un oggetto di diritto (diritti incorporali) che la legge caratterizza da questo medesimo oggetto, e li rassegna nella categoria dei beni immobili o dei beni mobili. L'articolo 413 del Codice civile dichiara *quali sono gli immobili per l'oggetto a cui si riferiscono;* fra i quali i diritti e le azioni, il cui fine è l'acquisto di una cosa immobile. Anche i *beni mobili* sono tali o per natura o per costituzione della legge civile. Questi ultimi non sono pur essi che meri diritti, aspirazioni ad un oggetto materiale ed economico, *determinati per l'oggetto*. L'articolo 418 ne fa la parafrasi più completa.

Quantunque in questo luogo il nostro tema si restringa ai mobili come oggetto di esecuzione, la inevitabile relazione delle cose ci costringe a parlare anche degli immobili, e ad anticipare qualche osservazione.

2. *Delle vie proprie e particolari della procedura.*

La procedura ci mostra il diritto nella sua per così dire palpabile realtà, nella sua azione concreta. Quei diritti che la legge civile mira di lontano e in larghe ipotesi definisce, qui si toccano; qui si assiste alla imperativa e forzata loro realizzazione, ed è chiaro per ognuno che regole proprie e peculiari, che sorgono appunto nel campo della procedura, dovranno presiedere a questa ultima fase, a questa consumazione del diritto nella realtà che è il suo termine.

Tutto ciò che appartiene al nostro patrimonio è pignorabile, « chiunque sia obbligato « personalmente, è tenuto adempiere le con« tratte obbligazioni con tutti i suoi beni mo« bili ed immobili, presenti e futuri ». Questo memorabile avviso è scritto nell'articolo 1948 del Codice civile, e conferma che niuna cosa che sia mercatabile e appartenga al debitore, sfugge al pegno giudiziale del creditore.

Intanto l'articolo 583 ci spiega il triplice aspetto della esecuzione mobiliare. Essa cade o può cadere: 1° *su tutti i mobili che si trovano presso il debitore;* 2° *su quelli che si trovano di sua ragione presso terzi;* 3° *sulle somme a lui stesso dovute.*

I *mobili* di cui si parla in questo articolo che introduce alla esecuzione sui *beni mobili*, sono letteralmente quelli definiti dall'articolo 417 del Codice civile. Una grande e, si direbbe, una enorme limitazione al naturale senso di questa voce è portata dall'art. 422 dello stesso Codice, che seguendo la usanza del parlar comune, in fatto di convenzioni, ma più ancora in fatto di disposizioni d'ultima volontà, restringe *ad minus obligandum* il significato del vocabolo, e peggio per coloro che non seppero meglio spiegarsi. Lungi però dal nostro articolo la restrizione del suddetto articolo 422; il suo limite è invece e solo nel seguente articolo 585. La legge sembra averlo voluto dire con quella clausola d'universalità, *tutti i mobili*. Inoltre nel ripetuto art. 424 si ha quanto basta per argomentare alla significazione ordinaria e generale del vocabolo *mobili*. Ed è che il nome *mobili* nel nostro caso si usurpa *in contrapposto agli immobili*, che sono materia dell'altro e speciale procedimento esecutivo.

Di ciò siamo chiari quando si tratta dei mobili per natura; ciò sono « i corpi che pos« sono trasportarsi da un luogo ad un altro, o « si muovano per forza propria come gli ani« mali, o vengano mossi da forza esteriore, « come le cose inanimate, ancorchè tali cose « formino collezione od oggetto di commercio » (articolo 417 del Codice civile). Ma lasciando ora il parlare dei mobili o crediti pignorabili presso terzi, dei quali si dirà a suo luogo, vediamo:

3. *Se, oltrechè sui mobili propriamente detti, sia ammesso il diritto di esecuzione sulle azioni mobiliari; e quali siano queste azioni.*

Neppur questa nozione è mestieri domandare alla scienza; ce la porge accurata e precisa l'articolo 418 del Codice civile. Esso accenna ad elementi ben rilevanti della privata e pubblica fortuna; i quali sono altrettante proprietà, altrettanti diritti di maggiore o minore importanza economica, e valore (*).

Nel supposto pertanto che i diritti e le

(*) Art. 418. « Sono mobili per determinazione della « legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipo« tecarie, che hanno per oggetto somme di danaro od « effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle « società di commercio o d'industria, quantunque alle « medesime appartengano beni immobili. In quest'ul-

azioni, genericamente parlando, siano materia di pegno giudiziale, noi dovremo vedere se quelle che ci giova apprendere siano di questo carattere e natura, voglio dire, se siano considerate fra i beni mobili o non piuttosto appartengano alla categoria dell'articolo 415 (Codice civile), ove diritti ed azioni sono qualificati immobili.

È facile però a scorgere, che il contenuto dell'articolo 418 avanza di gran lunga quello che mai volesse attribuirsi al regolamento esecutivo che la procedura propone; e dev'esser così, poichè, quantunque sia incontestabile che ogni diritto di qualsivoglia carattere e forma pertinente al debitore, può essere al creditore materia di pegno, tuttavia le strade che conducono a questo risultato sono diverse. La principale distinzione *cade sullo stato del diritto* che il creditore intende perseguitare per le proprie indennità. Il diritto, che si trova più o meno *in condizione d'attualità*, è colpito dal creditore o nella sua forma materiale in mano del debitore (mobili) o in mano del terzo debitore di lui, col sequestro. Ma ci sono dei diritti che si attengono con più debole vincolo al patrimonio del debitore; e meglio si nominano *azioni*, col quale vocabolo si rappresenta ogni più remota aspirazione ad un oggetto di diritto, sostenuta certamente da ragione, ma da ragione tante volte contestabile o dubbia. Per simili contingenze la procedura non può formolare rimedii e vie di soddisfacimento, mentre la realtà giuridica di cui si va in traccia, e che solo può formare materia effettiva di pignoramento, o dipende da eventualità che sospendono l'apprensione di codesti diritti, quale condizione di loro esistenza; o ravvolti in gravi contestazioni, aspettano dalla giustizia una dichiarazione, una consacrazione onde possano diventare esigibili, e quindi materia di esecuzione. Senza di ciò, per quanto il creditore di colui che possiede l'azione si sforzasse di vincolarne l'effetto nelle mani del supposto debitore, costui, sfuggendo alla presa, risponderebbe sempre di non aver debito.

Pertanto se al creditore non mancasse il *titolo abile a consumare una esecuzione*, gli mancherebbe la materia, ossia gli mancherebbe una materia abbastanza solida per operare un pignoramento.

Perciò la procedura esecutiva, che, istrutta dei crescenti bisogni del commercio, ha fatto un passo in avanti, come vedremo, per raggiungere in qualche modo nuove combinazioni di diritto, *come sarebbero le azioni industriali*, non ha però potuto considerare e tener conto che di quei diritti che possono senza molta difficoltà giustificarsi; sia per apprenderli nel loro specifico risultato (quali crediti che possono anche aggiudicarsi all'oppignorante), sia per venderli all'asta pubblica, come azioni beni e diritti da realizzarsi, ma aventi un positivo fondamento in obbligazioni, a stabilire le quali sia necessario passare per gli aspri sentieri di lunghi ed incerti giudizi (*).

4. *Se il diritto di proprietà di un'opera d'ingegno sia pignorabile.*

È manifesto che noi partiamo dal punto che l'*opera* (letteraria) *sia stata pubblicata* e messa come si dice in circolazione; finchè il manoscritto rimane custodito dall'autore, o il manoscritto stesso non è dato in vendita, è pur sempre proprietà dell'autore, ma non venale, non commerciabile, non soggetta a pegno giudiziale: proprietà personale come il pensiero intimo, come l'affetto dell'animo. Quando il libro è diventato *produzione* e corre in commercio, o perchè venduto il manoscritto con credito del prezzo, o non venduto, commerciato il libro dall'autore, o per conto suo, la proprietà di autore rientra nelle facoltà economiche, e presso qualche nazione di più inoltrata civiltà letteraria ne rappresenta una assai notevole ed ambita. Allora si verifica ciò che la legge scrive: « *Le produzioni dell'ingegno appartengono al loro autore* » (articolo 437 del Codice civile). Oltre il prezzo materiale delle copie havvi il prezzo delle successive edizioni e riproduzioni; e come ogni cosa *tantum valet quantum vendi potest*, anche questo diritto avrà un valore venale, grande o piccolo, secondo il pregio dell'opera.

5. *Della forma dell'apprensione e del procedimento.*

I diritti o le azioni che sono nel nostro patrimonio possono risultare o non risultare da documenti caduti nel pignoramento. Supponiamo il primo fatto: si domanda se *l'apprensione del documento che costituisce la prova del diritto* trasferisca nel pignorante la proprietà del diritto stesso, o almeno lo sottoponga a pegno, talchè possa effettuarsene la vendita nei modi regolari all'asta pubblica. Qui bisogna fare alcune distinzioni.

« timo caso tali azioni o quote di partecipazione sono « riputate mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo « tempo in cui dura la società.

« Sono egualmente riputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, « salvo quanto alle rendite sullo Stato le disposizioni « delle leggi relative al debito pubblico ».

(*) *V.* anche le Osservazioni sull'art. 599.

Se i valori pignorati sono moneta o *rappresentanti moneta*, avente corso determinato e obbligatorio per legge dello Stato, passeranno sul banco del giudice come deposito, e il creditore potrà essere autorizzato a ritirare il danaro a pagamento totale o parziale del proprio credito.

Se si tratta di titoli al portatore, di titoli la cui proprietà è dimostrata dal semplice possesso, ma che non hanno tuttavia un valore edittale determinato e obbligatorio, saranno considerati come effetti di commercio, o in qualunque modo aventi un valore relativo, e saranno venduti ai pubblici incanti. Tali sarebbero le azioni d'imprese industriali al portatore, le cedole di debito pubblico, ecc. Necessario è il possesso onde i titoli si ritengano *pignoris causa*, e siano così venduti. Mancando il possesso dei titoli non si potrebbe agire che nelle forme insegnate dal Capo V.

Se si tratta finalmente di azioni e diritti esercibili contro terzi, il creditore può estendere sino a questi le sue garanzie e valersene come mezzi a soddisfare i proprii crediti; e in diversi modi può adoperare a quest'effetto. Farsi surrogare per via di giudizio al debitore e per lui e nel suo proprio vantaggio esercitare quelle azioni. Ovvero mettere quei diritti ed azioni sotto pegno giudiziale, *non mai però nella forma di esecuzione sui mobili*. E siccome, parlando di forma, ci accostiamo piuttosto a quella ordinata nel seguente Capo V, ivi potremo riprendere il soggetto. Intanto in tale rapporto è bene avvertire che *l'apprensione dei documenti, delle scritture, delle prove insomma di quei diritti ed azioni* che fosse per effettuarsi dall'usciere nell'oppignoramento dei mobili, non vale a trasferire nell'oppignorante proprietà ed azione di sorta alcuna; ma solamente, dacchè quegli atti e documenti dovranno essere depositati, gli gioveranno a meglio comprovare i diritti che fossero per esercitarsi, o alienarsi all'asta pubblica.

Articolo 584.

Quando il pignoramento risulti evidentemente eccessivo, l'autorità giudiziaria può ridurlo secondo le circostanze.

Annotazioni.

Questo articolo risponde al dubbio che è stato fatto, se coll'art. 567 si fosse compiutamente provveduto ad ogni caso in cui la riduzione si rende necessaria (*V.* il detto art. 567).

Articolo 585.

Non possono essere pignorati:

1° Il letto del debitore, del suo coniuge, e quello dei suoi congiunti e affini che seco lui convivano;

2° Gli abiti che servono all'uso quotidiano;

3° Gli utensili necessari per preparare il cibo;

4° Le armi, le divise e i bagagli militari degli individui ascritti al servizio militare di terra e di mare, o aggregati alla milizia nazionale;

5° I mobili materialmente annessi a un immobile, e dalla legge riputati immobili;

6° Le lettere, i registri e gli altri scritti di famiglia.

Articolo 586.

Non possono essere pignorati che in difetto di altri mobili e soltanto per causa di alimenti, pigioni, fitti, o di altri crediti privilegiati:

1° Gli oggetti non annessi materialmente a un immobile, ma riputati immobili per destinazione del padre di famiglia;

2° I libri, gli strumenti, le macchine e gli altri oggetti necessari per l'esercizio della professione o dell'arte del debitore, e a di lui scelta, sino alla somma di lire cinquecento in complesso;

Digitized by Google

3° Le farine e derrate necessarie per il vitto del debitore e della sua famiglia per un mese;

4° Una vacca, o due capre, o tre pecore, a scelta del debitore, e il foraggio necessario al loro alimento per un mese.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — Assumendo in complesso l'esame di questi due articoli, la prima considerazione cade sulla diversa condizione di pignorabilità di specie determinate di mobili, secondo la causa del debito. Certamente nell'ordine stesso delle obbligazioni, senza variare l'entità del debito, ci sono dei gradi misurati dal vincolo morale che ci stringe, e che noi dobbiamo espiare, ove sia d'uopo, con un sacrificio maggiore. La legge adunque distingue *mobili assolutamente impignorabili* e mobili non pignorabili *relativamente*, ossia non pignorabili che a certe condizioni. Queste due classi sono rappresentate nei due articoli.

Se la proibizione sia d'ordine pubblico e importi nullità assoluta.

Io seguiterei l'opinione del DALLOZ, del CHAUVEAU, e da ultimo dello SCIALOJA, sostenuta anche da una decisione della Corte di Genova (9 maggio 1856, BETTINI, t. II, p. 568), che reputa costituita la proibizione piuttosto nell'interesse privato, che in quello dell'ordine pubblico. Non avrei quindi veruna difficoltà ad ammettere che, ove lo stesso debitore cedesse spontaneo all'usciere quei mobili che non possono essere forzatamente appresi, posto ch'egli ne sia il proprietario, potesse farlo. Ho messa questa riserva, perchè non saprei come permetterlo nel caso del n° 4 dell'articolo 585, *se il servizio militare si renda allo Stato*, essendo allora quelle armi, quelle divise, proprietà dello Stato. Quelle che servono all'esercizio della *milizia nazionale*, sono d'ordinario proprietà del milite; e se così fosse, e non ostasse speciale regolamento, secondo i principii del diritto civile, questa disponibilità in caso durissimo non gli potrebb'esser negata.

Che se l'usciere ha contravvenuto al divieto, portando nel pegno cose proibite, senza l'espresso consenso del debitore, del quale dovrebbe farsi menzione nel processo verbale, come mai potrebbe sostenersi il pignoramento? Come l'atto non sarebbe nullo, o almeno come non dovrebbe ammettersi una istanza di separazione? Il CARRÉ ha rammentato nella questione 2034 che gli antichi commentatori della Ordinanza (del 1667) si erano pronunciati per la negativa, salva l'azione dei danni ed interessi contro l'usciere, e qualche decisione pure emanò in questo senso. Tutti gli scrittori posteriori, rifiutando siffatta dottrina, concordano nell'*azione di distrazione* competente al debitore: e sembra a me pure doversi così risolvere.

2. *Osservazioni specifiche.*

a) Letto.

Anche qui le questioni. L'articolo 14 del Titolo XXXIII dell'Ordinanza non era stato più esplicito, *un lit aux personnes saisies* fu la sua espressione. Ma cosa è un letto? anche una stuoia, anche della paglia può valere un letto. Si disputò adunque bassamente ed inumanamente sulla qualità del letto che dovrebbe indulgersi al debitore. Venne l'articolo 592, n° 2, del Codice di procedura civile francese a rammorbidire la espressione, e scrisse *le coucher nécessaire*. Via: doveva intendersi tutto ciò che è necessario ad un letto che non sia quello di un condannato. Il PIGEAU si è data la briga di descriverlo nei suoi elementi colla precisione di una buona massaia: « Le coucher nécessaire des saisies, de leurs « enfants vivants... on entend par *coucher né-* « *cessaire* les bois du lit, couverture, draps, « traversin, deux matelas, une paillasse — le « reste est regardé comme de commodité ou « de luxe » (*Procédure*, tom. II, pag. 80). Non c'è male, e possiamo contentarci. E se il letto ha qualche ornamento, qualche accessorio confortevole nella miseria, lasciamolo stare, ha detto una decisione del 6 novembre 1833 della Corte di Parigi, e con essa il DALLOZ (*Saisie-exécut.*, n° 165). Memore di tutto questo, l'articolo 713 del Codice sardo del 1859 si era espresso così: i letti e *gli arredi necessarii per dormire*; ma l'odierno legislatore è tornato alla semplicità dell'Ordinanza; *quegli arredi* in un caso come questo è, non suonavano. La parola *letto* dice abbastanza, e non mancherà mai un magistrato per darne la spiegazione.

Un letto per ogni individuo della famiglia, purchè parente. Un solo potrà bastare per piccoli figliuoli: ma è affare di fatto, e la legge non poteva dire di più.

b) Dei mobili dalla legge riputati immobili.

I mobili materialmente connessi ad immobili sono *per assoluto* esclusi da tale pignoramento

applicato esclusivamente ai mobili: infatti non sono più mobili; colla loro materiale connessione hanno cangiato natura (*V.* l'art. 414 del Codice civile), e bisognerebbe praticare una demolizione, una rovina.

Ma i mobili *divenuti immobili per destinazione*, non consolidati da inerenza fisica che ne costituisce un sol tutto coll'immobile, non avendo altro nesso colla proprietà stabile che concettuale e morale, si separano da essa con minore strazio, direi, con minore sforzo e con minore rovina. Perciò a fronte di debiti privilegiati, come quelli dei fitti, e sacri come quelli per causa di alimenti, la legge permette di farne materia di pignoramento mobiliare.

Resta a vedere se i mobili che *per destinazione* aderiscono ad un immobile, *siano separatamente e senza limitazione oppignorabili, quando la destinazione non fu dello stesso proprietario*, ma di altri fuori di lui. L'art. 413 del Codice civile non parla che del proprietario: « Sono beni immobili per destinazione le « cose che *il proprietario di un fondo vi ha* « *poste* per il servizio e la coltivazione del me- « desimo ». Indi nell'articolo 413: « Sono pa- « rimente immobili tutte le altre cose che *dal* « *proprietario sono consegnate all'affittuario*, « o mezzaiuolo, per il servizio e coltivazione « del fondo ». La lettera della legge è così precisa che in vero sembra escludere il dubbio, se siano ugualmente da considerarsi addetti al fondo per destinazione quegli animali o attrezzi che ha collocati nel fondo non già il proprietario, ma l'affittuario, con animo, se vuolsi, di farli servire alla coltivazione. Sono note nondimeno le questioni elevate da alcuni scrittori francesi di gran nome, imperando una legislazione niente diversa dalla nostra. Per altro la opinione, che a benefizio specialmente dell'agricoltura diceva immobilizzati gli animali, attrezzi, ecc., ancorchè introdotti sul fondo dal conduttore, al quale e non al proprietario appartenevano, una tale opinione non ebbe seguito. Il CARRÉ e il CHAUVEAU (q. 2035), il COLMET-DAAGE, DALLOZ, BIOCHE, ed altri, la respinsero. L'argomento più decisivo, oltre la chiara espressione della legge, egli è: che la supposta immobilizzazione è impossibile; che il fondo non s'identifica coi suoi accessorii, se non quando questi vi siano stati collocati dalla mano e dalla intenzione (*actu et animo*) del proprietario; che per trarre ogni cosa nella esecuzione, d'uopo è che sia fatta a carico del proprietario medesimo: ne segue che la esecuzione fatta a carico del locatario non potendo estendersi al fondo, di necessità deve colpire le cose postevi da esso locatario separatamente, e nella loro naturale qualità di cose mobili.

c) Lettere, registri, ecc.

Era desiderabile che il legislatore avesse dettata una ben espressa e solenne eccezione a favore dei *manoscritti d'autore:* l'eccezione sarebbe stata degna della civiltà dei tempi. Avrebbe fatto tacere le questioni ingenerose che si sono sollevate e potriano ancora sollevarsi nel silenzio della legge. Ecco le obbiezioni che muove il DALLOZ in via di dubbio. « L'on peut répondre qu'un manuscrit cons- « titue une propriété, car c'est une valeur, et « une valeur tellement appréciable qu'il peut « immédiatement devenir la matière d'un traité « avec un imprimeur ou un libraire; sans « doute, les droits d'un auteur sont respec- « tables, mais ceux d'un créancier ne le sont « pas moins; s'il ne faut pas protéger d'indis- « crètes investigations et une sorte de vio- « lence faite à la pensée individuelle, il ne « faut pas d'avantage servir à la mauvaise vo- « lonté d'un débiteur qui refuse de s'acquitter « en rendant public un travail dont le produit « satisferait ses créanciers. » E il benemerito autore conchiude infelicemente, dicendo, che spetterà al giudice *peser les circonstances*, considerare lo stato del manoscritto, il pregio del lavoro, e che so io. No: non si può rimanere esitanti. Il pensiero confidato alla carta che si conserva segreta nello scrittoio dell'autore è inviolabile, com'è inviolabile lo stesso pensiero ancora nella mente riposto; nessuno può costringerlo di forza a palesarsi, ad uscire nel mondo; l'autore può cancellare, distruggere il suo manoscritto, condannarlo inappellabilmente: il rendernelo risponsabile sarebbe da barbari, o dalle antiche Commissioni di Stato, che è poi tutt'uno.

Veramente l'atto di pignoramento, che ha per oggetto di consegnare alla giustizia nelle cose del debitore del valori capaci di soddisfare un debito, non dovrebbe fare l'ufficio d'inquisitore, invadendo carte, memorie, registri di veruna maniera, se non hanno un valore realizzabile, o non siano causa e dimostrazione di valore. Non so se con questo intento, altri Codici di procedura vi aggiunsero una qualità: quello di Ginevra dice: « Ne pourront être « saisis les papiers appartenants aux débi- « teurs, *à l'exception des titres de créance*, ou « *des actes constitutifs de propriété mobilière* « *ou immobilière* » (art. 415). Il Codice sardo del 1854 aveva qualche cosa di simile; in quello del 1859 la clausola disparve. In sostanza il nostro articolo reputa di aver detto quanto basta onde non riservare che *scritti e registri*

di famiglia, abbandonando all'usciere quelli che, per esempio, appartengono al commercio, ancorchè la corrispondenza fosse mantenuta privata, e insomma tutto che riguarda affari, sebbene tali carte non contengano di loro natura prove di diritto che il creditore possa utilizzare, e possano invece conferire a scoperte per le quali la operazione dell'usciere risulti, come a dire, curiosa, e forse indiscreta. Che diremo di corrispondenze diplomatiche o simili, non eccettuate in guisa alcuna dalla legge? Io non crederei che queste avessero che fare con un pignoramento. Non sono però *scritture*, nè *registri di famiglia:* questo è certo. La legge adunque è, per brevità, oscura, e può non andare scevra di questioni.

d) Il debitore non può essere privato dei *mezzi di esercitare la sua professione od arte* se non verificandosi le condizioni del n° 2 dell'articolo 386.

La nostra legge, riunendo in un solo periodo *libri, strumenti, macchine ed altri oggetti necessarii*, che l'art. 592 del Codice di proced. franc. presenta in tre distinti numeri (3°, 4° e 6°), vuol significare, che le cose nominate ed altre ancora possano ritenersi bisognevoli all'esercizio della professione ed arte; ma per tutte assegna un valsente di lire 500. Io non credo che siffatto assegno debba procedere con una estimativa rigorosa, di maniera che per un eccesso qualunque dovesse addirittura ritirarsi il benefizio; l'unica macchina che occorre, oppure le macchine cogli attrezzi necessarii, sorpassando, non però notabilmente, la somma prescritta, non dovrà sopprimersi qualcuno di quegli attrezzi indispensabili per lasciare ozioso e inutile il rimanente apparecchio; la legge insomma ha voluto intendere qualche cosa di approssimativo alle 500 lire da determinarsi dal prudente arbitrio del giudice.

Vi sono però tali arti che per esercitarle richiedono un materiale ben maggiore di 500 lire. Simile sarebbe l'arte del tipografo; e scelgo questo esempio perchè lo trovo giudicato in una sentenza della Corte di Tolosa del 5 marzo 1837 (*Commentario del Codice sardo*, vol. v, part. 1, n° 330), nella quale fu deciso che il materiale di una tipografia non può ritenersi compreso nella limitazione non soltanto pel valore, ma *eziandio per lo necessario concorso di altri operai*, senza il quale tale arte non può esercitarsi. La quale osservazione ci darebbe a pensare se, quando il debitore non esercita da solo un'arte, ma ha bisogno che altri cooperi con lui, un tal caso sia contenuto nella legge. Esame inutile però, dacchè a questo punto la determinazione del valore è quella che decide. La legge, come di frequente avviene, è nell'impegno di bilanciare equamente contrarii interessi: per ragione di umanità favorisce il debitore; ma intanto la giustizia non tace a favore dei legittimi diritti del creditore. Se gran numero d'istrumenti, cospicue macchine, concorso d'operai, cangiano l'umile officina in un'opera d'industria più o meno grandiosa, in un rilevante opificio, e il debitore non possa esercitare l'arte sua altrimente che associandosi a tutto questo insieme, trattasi allora di un capitale che non gli può essere lasciato in mano, ma deve cedere ai suoi creditori.

Dei vasi sacri ed arredi ecclesiastici.

Nessun Codice moderno ha eccettuate queste cose dal pignoramento; eppure è comune sentire degli scrittori che non siano suscettibili di pegno, in quella guisa che non sono alienabili. Vero è ancora che leggi antiche, non ecclesiastiche, ma civili, ne facevano severissimo divieto (*); e nessuno Stato ha osato revocarle. Volendosi forzare ad una interpretazione poco conveniente l'articolo che esaminiamo, potrebbe dirsi che quelle cose comprende sotto il punto di vista di una professione; ma la stranezza non sarebbe minore della sconvenienza. Ci volgeremo piuttosto all'articolo 434 del Codice civile. Ci volgeremo al senso morale, alla coscienza religiosa di tutti i popoli. Rammenta il CARRÉ che l'articolo 35 dell'Ordinanza proibiva il pegno dei libri, vasi ed ornamenti necessarii al divino ufficio (qu. 2042): ma egli ne toglie una conclusione così meschina e così falsa, che io non posso tacerne. Saranno, egli dice, rilasciate al sacerdote tali cose *sino alla concorrenza del valore* statuito dall'articolo 593, che era di 300 lire. Con ciò egli prende sul serio che sia veramente materia del Codice di procedura; e si tratti di un'arte o mestiere. A parte questa grettezza di procedurista, i vasi, gli arredi, gli ornamenti sacri non sono propriamente cose del prete, che supponiamo debitore, ma della chiesa a cui servono; e d'ordinario non si tengono negli armadii di casa fra le masserizie.

(*) « Sancimus nemini licere, sacratissima atque arcana vasa, vel vestes, ceteraque donaria, quæ ad divinam religionem necessaria sunt (*cum etiam ceteras leges* ea quæ juris divini sunt, humanis nexibus non illigare sanxerint), vel ad venditionem, vel ad hypotecam, vel pignus trahere; sed ab his qui hæc sacrilege ausi fuerint, modis omnibus vindicari... » (Leg. 21 Cod. de Sa. ecclesiis).

e) *Farine e derrate*, ecc.

E perchè, mancando le farine e le derrate, non si rilascerebbe all'oppignorato quel po' di danaro (se ce ne fosse) per il povero vitto di un mese? Alcuni sono di questo avviso (*Commentario del Codice sardo*, vol. V, p. I, n° 333; BOITARD, tom. II, n° 854). Ma io credo che l'usciere non sia a ciò autorizzato: l'usciere non è giudice degli equipollenti. L'articolo 604 gli impone di depositare il danaro insieme a qualunque titolo di credito. Sarebbe cosa del magistrato se l'oppignorazione presentasse qualche largo, e in giustificata urgenza.

3. *Dei crediti privilegiati.*

Quali sono i crediti privilegiati oltre quelli accennati nelle prime parole dell'art. 586? (*).

Indichiamone alcuni.

Il credito per le spese di conservazione fatte sui mobili o per il loro miglioramento (articolo 1958, n° 7 del Codice civile).

Il credito dello Stato a titolo di tributo diretto (art. 1937 del Cod. civile). Se il debitore riunì *per destinazione* al fondo una certa quantità di animali, attrezzi, scorte, lo Stato può colpirli quai mobili, separatamente oppignorandoli.

Similmente il credito dello Stato per dazi e diritti di dogana, supponendo che i mobili, per destinazione immobilizzati, le macchine, ecc., siano oggetti del dazio e diritto di dogana che non fu pagato (art. 1938, n° 1 del Cod. civ.).

S'intende di quei crediti privilegiati che forniscono azione; e non di mera eccezione.

Giova peraltro osservare che, quantunque su questi o altri mobili il creditore possa esercitare un privilegio in concorso di altri creditori, *non potrà invertirsi quell'ordine che la legge assegna in fatto di pignoramento.* Vale a dire, non si potrà cominciare dall'oppignorare le cose riservate nell'articolo 586 od alcuna di quelle (gli strumenti, le macchine) a pretesto di avervi sopra un diritto, un privilegio. Neppure per ragione consimile potranno oppignorarsi *di preferenza* i mobili per destinazione del padre di famiglia immobili: ad esempio, quegli animali, attrezzi, ecc., che solo servono al fondo, i carboni e le legna raccolte nei magazzeni ad uso di fondachi ed opifizi permanenti, considerati immobili, quantunque su tali oggetti si avesse una specie di diritto reale che in un concorso di creditori parrebbe anco valere come un privilegio (**). E ciò per l'ottima ragione, che siffatte aggregazioni sono generalmente ad utile scopo, giovano mirabilmente ai fini dell'agricoltura e dell'industria, e preme al legislatore che siano, per quanto è possibile, rispettate. Mentre si ha in mira questo benefizio, che quasi può dirsi universale, la legge umana, discreta, intende anche al minor danno del debitore, risparmiandogli sacrifici non necessarii: non nuoce al creditore che si suppone potersi con altri beni soddisfare.

4. È a vedersi per ultimo *se le specie ordinate nei quattro numeri dell'articolo* 586 *ricevano dal loro stesso ordine una gradazione che debba essere osservata nel pignoramento.*

L'umanità sembra consigliarlo; ma la legge non ne fa precetto. Il giudice, secondo le circostanze, ritenuto l'eccesso, potrebbe separare a favore del debitore le cose più necessarie alla sua più o meno precaria esistenza; ma non si vedrebbe motivo di nullità nel contrario.

Articolo 587.

Nel caso di pignoramento di animali o attrezzi servienti alla coltivazione delle terre, ovvero di stromenti o utensili necessari per l'esercizio di manifatture, fucine, o altre officine, il pretore, sull'istanza di chiunque abbia interesse, e sentiti o chiamati il debitore e il proprietario delle terre o degli edifizi, può delegare un agente per la coltura delle une e per l'esercizio degli altri.

Annotazioni.

1. Forsechè la legge suppone che il proprietario delle terre, l'esercente dell'opificio cessi dal possesso e dall'uso; ovvero ridotto alla impotenza, o avvilito dalla condizione in cui si trova, non possa dar opera efficace all'agricoltura e all'industria, e perciò gli surroga *un agente?* O piuttosto permette che *gli animali, gli strumenti, gli utensili*, ecc., siano ancora lasciati sul luogo per continuare il lavoro, e quindi l'*agente* abbia insieme qualità di amministratore e di custode? La legge non ci risponde. Gli scrittori francesi, non essendo

(*) L'articolo 593 del Codice di procedura francese è molto preciso: ugualmente chiaro e dettagliato era l'articolo 683 del Codice napoletano perchè lo ha copiato.

(**) Salvochè non si fosse realmente agito in *rivendicazione*.

punto diverso il loro articolo 594, sembrano così ritenere: « C'est donc au juge de paix, « dice il CARRÉ, à examiner s'il est à craindre « *que le saisi ne divertisse les objets désignés* « *dans l'article*, on ne néglige l'exploitation, « et à n'user de la faculté dont il s'agit qu'an- « tant qu'il y aurait quelques raisons de con- « cevoir cette crainte » (CARRÉ, all'art. 594). L'*agente* sarebbe adunque, come lo testè dicevo, *amministratore e custode*. È questa una disposizione che non toglie all'usciere la facoltà di nominare il custode agli oggetti pignorati (articolo 600): la deputazione dell'agente è, di necessità, posteriore; è ufficio del magistrato, al quale deve precedere la istanza di persona interessata. La nomina dell'agente renderà inutile, farà sparire quella del custode.

2. *Della risponsabilità dell'agente.*

Se il *custode* è risponsabile (articolo 603), l'*agente* non lo sarà meno. Ch'egli debba prestare cauzione, non credo; la legge non ne parla; è un ministero di fiducia: d'altra parte le sue funzioni potrebbero venir limitate, e in certo modo controllate da altri o proprietarii o coagenti e collaboratori nell'opificio o nella tenuta. Il proprietario del fondo non sarà messo fuori solo perchè i suoi animali o le macchine che si annettono all'esercizio sono state colpite dall'esecuzione. Egli ha tutto il diritto di rimanere alla testa de' suoi affari. L'agente risponderà della parte dell'amministrazione che verrà a sostenere. Come *custode*, avrà risponsabilità intera; in lui solo è riposta una fede che non gli è lecito dividere.

3. *Durata della custodia e dell'amministrazione.*

È chiaro che la prima durerà sino alla vendita degli oggetti oppignorati (salvo surrogazione di altro agente): la seconda non è che provvisoria e circostanziale; il pretore non potrebbe costituirne altra a più stabili condizioni. Alla partenza degli oggetti pignorati, sprovvisto che si troverà il fondo de' suoi mezzi, bisognerà venire ad altre misure. Forse il proprietario si troverà costretto ad alienarlo; nessuno glielo potrà impedire.

4. *Degli interessati.*

Per altro in due diversi casi può ricevere applicazione il provvido articolo 587; duplice aspetto che risulta abbastanza dall'accuratezza della redazione: *sentiti o chiamati*, ivi si dice, *il debitore e il proprietario*. Di fatti le cose mobili istruenti un fondo o un opificio possono essere oppignorate allo stesso proprietario del fondo. È il caso del n° 1 dell'art. 586. Possono essere oppignorate a carico di altri che abbia istrutto il fondo senza essere proprietario di questo, ma solo dei mezzi d'istruzione. La legge lo addita col nome di *debitore*. Ma in entrambe le contingenze, la condizione degli interessati resta ugualmente compromessa. Intanto fra gli interessati a chiedere dal magistrato una provvidenza primeggia lo stesso oppignorato, o perchè la nomina del custode fatta dall'usciere non gli talenti, o perchè più che ad altri giovi a lui che l'amministrazione sia ben regolata. Interessati sono i *condomini e i creditori*. Senonchè, rispetto a questi, molto ci sarebbe a dire per misurare la qualità e urgenza del credito, la sua posizione giuridica, e quindi concluderne quando siano in diritto d'influire sull'amministrazione. La questione dell'interesse è sempre negli attributi del giudice.

5. *Della spesa.*

Non può esser dubbio che non vada a carico dello stesso oppignorato che ha dato causa a questa straordinaria amministrazione.

6. *Della competenza.*

C'è chi ritiene che il tribunale divida in simili casi la competenza pretoriale; che si possa cioè, volendo, prescindere dal giudizio del pretore e invocare di tratto quello del tribunale. Si argomenta da quella dizione facoltativa, il giudice *può* o *potrà*... (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, p. i, n° 419). Ma io opino che la parola PUÒ *delegare* non concerne che la facoltà dello stesso pretore, di concedere o non concedere. *La competenza locale*, in fatto di atti esecutivi, *è nell'interesse di ambedue le parti*, non già di una sola. La maggior rapidità dell'ordinare, la maggior cognizione per provvedimenti istantanei e da prendersi sul luogo: ecco i due requisiti che fanno commendevole questa pressochè continua ingerenza del giudice locale. Non è però assolutamente incompetente il tribunale; e credo che nel consenso di ambe le parti la sua giurisdizione possa essere prorogata.

Articolo 588.

I bachi da seta non possono essere pignorati se non quando siano giunti a maturità.

S'intendono giunti alla maturità quando la maggior parte sia sui rami per formare il bozzolo.

Digitized by Google

Articolo 589.

I frutti non ancora raccolti o separati dal suolo non possono essere pignorati, se non nelle sei ultime settimane che precedono il tempo ordinario della loro maturità, salvo che il creditore istante voglia sopportare in proprio le maggiori spese della custodia.

Annotazioni.

È vietato l'oppignoramento dei frutti pendenti prima delle sei settimane che precedono, secondo i metodi dell'agricoltura, la loro maturità. Ma si è aggiunto, *salvochè il creditore istante voglia sopportare in proprio le spese della custodia*. Questa clausola che si leggeva anche nell'ultimo Codice piemontese, venne posta per bene indicare il motivo che aveva indotto il legislatore alla proibizione. Altri motivi gli venivano attribuiti dagli studiosi dei Codici che quella riserva non contenevano: e principalmente, che si era mirato a qualcosa di più elevato e di più generale che questo non fosse. Al CHAUVEAU (in CARRÉ, qu. 2114) parve vedere che vi si trovasse sancita la osservanza di un principio di natura, che da finzione legale non poteva essere menomato; che cioè in quello stato i frutti sono così identificati colla madre terra, che non possono riputarsi altro che immobili. Lo disse l'articolo 520 del Codice civile francese: « Sono parimente immobili le messi unite alle loro radici, e i « frutti degli alberi non per anco staccati », senza riflettere che il Codice ciò disse per opposizione ai frutti tagliati o raccolti che acquistavano di tratto la natura di mobili. PIGEAU, alla cui opinione anche si appoggia il CHAUVEAU, credeva di vedere l'assoluta condanna di ogni pratica diversa, nelle parole imperativamente proibitive dell'articolo 626 del Codice di procedura francese: « Le saisi-brandon *ne pourra être fait*... ». La nullità del pignoramento era la conclusione indeclinabile di siffatta sentenza. La Cassazione francese nel 29 agosto 1853 (DALLOZ, *Recueil*, 1853, tom. I, pag. 258) decise conformemente.

Pensarono in contrario LOCRÉ (tom. III, pagine 72, 73), CARRÉ (quest. 2114), FAVARD DE LANGLADE, BIOCHE, e pare anche il DALLOZ che, vedendo giusto, tenevano l'affare nei puri termini dell'interesse privato, e in fine non trattarsi che di economia di spese. Si facevano anche forti col dire che conveniva impedire in certo modo le fraudi del debitore che avrebbe potuto vender il raccolto in erba. Ma gli avversarii rispondevano che la vendita fraudolenta sarebbe dichiarata nulla. Si toccava ancora del divieto che fanno certe leggi speciali di vendere le ricolte immature; ma tutto ciò è vano a ripetersi per la chiarezza della legge nostra che ha troncata ogni disputa.

2. La questione della *maturità*, a stabilire il calcolo delle *sei settimane*, sarà dunque una questione di spese. Al giudice determinare il fatto secondo la qualità della produzione, il clima e la consuetudine dei luoghi. È però indubitato che frutti non ancor nati non possono pignorarsi *in spe*. Quindi non sono oppignorabili le ricolte future: pegno giudiziale di cosa che non esiste è idea abbastanza assurda (*). Vi sono prodotti che maturano in tempo brevissimo; ma la legge si accomoda a tutti gli eventi, lasciando comprendere nello spazio di sei settimane ogni minore intervallo.

Articolo 590.

Possono essere pignorati i mobili o frutti indivisi fra il debitore e un terzo, ma non possono essere venduti, se non dopo la divisione.

Annotazioni.

I mobili e i frutti indivisi possono pignorarsi. In vero il far precedere la divisione varrebbe quanto offrire al debitore la più seducente tentazione per fare scomparire i suoi mobili. Tengono gli scrittori che una copia del precetto abbia a notificarsi ad ognuno dei comproprietarii (THOMINE, tom. II, pag. 91, CARRÉ, quest. 1992; DALLOZ, v° *Saisi-exécut.*, n° 37). Che se *il mobiliare fosse posseduto da un solo*, per il principio che rapporto ai mobili

(*) Dico *pegno giudiziale*, che vuol la *rei apprehensio*, a parte la questione meramente ipotecaria (*dei beni futuri*).

il possesso vale il titolo, il creditore eseguente sarebbe in regola notificando e titolo esecutivo e precetto a lui solo (DALLOZ, ivi). I comproprietarii dovrebbero agire in conformità dell'articolo 647.

Articolo 591.

Gli stipendi e le pensioni dovute dallo Stato non possono essere pignorati, se non nei casi e nei modi stabiliti dalle leggi speciali.

Si osservano pure le leggi speciali per il pignoramento delle somme dovute agli appaltatori di opere pubbliche.

Annotazioni.

1. La legge italiana del 15 marzo 1864 (articoli 36, 45) ha dichiarati insequestrabili gli stipendii e le pensioni dovute dallo Stato. Legge speciale a cui s'informa il presente articolo 591, capace però di applicarsi ad altre disposizioni che fossero per emanarsi in seguito.

La Corte di cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi due volte in tempo recente sulla legge del 1864, che, come quella che è d'ordine pubblico, si è ritenuta esercitare una legittima influenza eziandio sui fatti ad essa anteriori. L'esimio consigliere PESCATORE, estensore della prima sentenza, stansiò su questo tema alcuni principii in vero abbastanza noti, ma rare volte espressi con sì robusto concetto. « Attesochè le leggi di diritto privato hanno l'espressa destinazione di dare una norma certa agli atti civili e di conferire diritti perfetti secondo la natura propria delle diverse stipulazioni; e così ne nascono quelli che la dottrina e la giurisprudenza chiamarono diritti perfettamente *quesiti*. — Che in questo senso si hanno a considerare come diritti quesiti anche quelli che sorgono da stipulazioni condizionali e riguardanti a beni futuri. — Che in fatti la condizione non impedisce che sotto una determinata eventualità pure si sia acquistato un diritto; e la convenzione riguardante beni futuri altro non è in sostanza che una convenzione condizionale. Onde non si è mai dubitato che la ipoteca dei beni presenti e futuri mantenga in forza del diritto *quesito* il pieno suo effetto, non ostante il mutato regime ipotecario, e valga a vincolare beni pervenuti nel patrimonio del debitore dopo la mutazione. — Attesochè per contro le leggi di pubblico diritto seguono un altro principio conformemente alla diversa loro destinazione. Il loro oggetto non è di dare una norma agli atti civili, ma sì di reggere la cosa pubblica e l'amministrazione dello Stato. E se agli interessi privati non è disdetto di accomodarsi in maniera da poter trarre vantaggio dallo stato della cosa pubblica quale si trova da tempo in tempo regolata, essi però non si elevano mai al grado di diritti quesiti, e non possono reclamarne le garanzie, perchè la legge intesa ad altro scopo non vuole e non potrebbe dare agli interessi privati un affidamento giuridico. Il regolamento della cosa pubblica è mutabile, e nelle sue mutazioni non riceve norma che dal proprio oggetto, gli interessi ne possono approfittare, a condizione però di seguirle a loro rischio in tutte le vicende, e di accomodarsi allo stato della cosa pubblica quale si trovi di tempo in tempo ordinata » (Corte di cassazione, sentenza 15 gennaio 1865). L'art. 774 del Codice sardo del 1859, in corrispondenza alle leggi speciali che allora vigevano, ammetteva che gli stipendii e le pensioni erano in parte pignorabili; e al pubblicarsi della legge del 1864 già si trovavano in gran numero sequestri o giudiziali o convenzionali gravare i più poveri appuntamenti degli impiegati. La Corte suprema, per le ragioni esposte nella mentovata sentenza, dichiarò cessati i sequestri colla promulgazione di quella legge. Con altra sentenza del 20 luglio 1865 la massima fu mantenuta e riconfermata, ben inteso, rapporto a quei fatti che non avevano ricevuto, e in quanto non avessero ricevuta perfetta consumazione (Relazione BORSARI).

2. *Sulla seconda parte dell'articolo.*

È da rammentarsi la legge del 20 marzo 1865 *sui lavori pubblici*. Le disposizioni che riguardano la materia dei sequestri sono le seguenti (articolo 351): Ai creditori degli appaltatori di opere pubbliche non sarà concesso verun sequestro del prezzo di appalto durante la esecuzione delle stesse opere, salvochè l'autorità amministrativa da cui la impresa dipende, riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento e perfezionamento dell'opera. Potranno però essere senz'altro sequestrate le somme che rimarranno dovute ai suddetti appaltatori dopo la

« definitiva collandazione dell'opera ». (Articolo 352: « Le domande di sequestro saranno dalla competente autorità giudiziaria comunicate all'autorità amministrativa da cui dipende l'impresa ». Art. 353: « Quando, a termini dell'articolo 351, l'amministrazione riconosca di poter annuire alla concessione di sequestro, saranno questi preferibilmente accordati per indennità, per mercedi di lavoro e per somministrazioni d'ogni genere che si riferissero alla esecuzione dell'opera stessa ».

Articolo 592.

Non possono essere pignorati gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentare. In questo caso il pignoramento non può farsi se non con la permissione dell'autorità giudiziaria, e per la porzione determinata da essa.

Annotazioni.

1. *Estensione dell'articolo* 592.

L'articolo 776 del Codice sardo del 1859, di due ragioni di prestazioni alimentari, disponeva: « Non possono essere pignorati (diceva nel primo numero) *gli assegni per alimenti ordinati dall'autorità giudiziaria* ». E nel secondo: « *Le somme o pensioni donate o lasciate a titolo di alimenti*, quand'anche il testamento o la donazione non ne abbia espressamente vietato il pignoramento ». Più ancora. Nell'articolo 777 si assoggettano alla stessa regola gli *assegni alimentari stabiliti per convenzione*, con alcune condizioni, che al momento non importa accennare.

Ora a codeste classificazioni e distinzioni viene sostituita una dizione generica — *assegni per alimenti* — onde il vedere se valga qui il ditterio *ubi lex non distinguit*, e così ogni qualità di prestazione alimentaria comprendasi nel testo ridotto a tanta semplicità.

Io non dubito che così non abbiasi a ritenere. Tanto più si deve in questo modo concludere, quanto nel secondo membro dell'articolo havvi uno stupendo correttivo, cioè la cognizione del magistrato: temperamento che, per la sua generica espressione, deve applicarsi ad ogni caso di sequestro sugli alimenti; temperamento che nelle leggi anteriori non era amministrato che in certi casi.

Nondimeno, poichè la sostanza delle cose deve sempre preferirsi alle parole, si potrà osservare che vi sono *assegni* che, comunque divisati col nome di *alimentari*, ed anche lo siano nel principale loro oggetto, superano però talmente le ordinarie proporzioni di siffatti assegni, che non dovrebbero meritare quella specie di privilegio d'inalienabilità accordato da questa legge di eccezione. Ricche esibizioni di vedove e di cugine sono lasciate talvolta in benevoli testamenti col titolo di assegni per alimenti, che comprendono ogni bene materiale della vita, e sino la istruzione (articolo 816 del Codice civile). Egli è per questo che, come vengo a dire, si trova possibile che un creditore, per titolo alimentario, sia debitore per lo stesso titolo verso altri più poveri di lui. Se non che l'agiatezza dell'assegnamento farà nascere dei dubbii sulla *sua impignorabilità* in genere e per qualunque debito, renderà problematica l'applicazione di questo articolo, che sembra avere una portata più ristretta, ma d'altro lato non farà che avvalorare la ragione del sequestrante, possessore del credito privilegiato.

Stimo pertanto che *qualunque assegno alimentare*, giudiziale, testamentario o convenzionale sia contenuto nella nostra legge, quantunque l'alimentazione sia presa in largo senso; semprechè sotto quel nome non sia palliato un fatto o una convenzione di altra natura.

La causa alimentaria *si estende a tutta la famiglia*, onde gli autori si vanno mutuando l'esempio del pedagogo, che, per le lezioni date al figlio, ha diritto di sequestrare le pensioni alimentarie dovute al padre (Roger, n° 345; Chauveau, n° 1989) all'effetto sia presa in largo senso e non a misura della sola necessità. L'intervento del magistrato, che è stato esteso ad ogni caso di nominale assegno alimentario, come già rammentai, allontana ogni inconveniente, ogni pericolo.

2. *Della rendita vitalizia; stipulazioni.*

Interessi opposti, interessi che tendono ad eliminarsi, vengono anche qui considerati. L'assegnatario ha interesse di poter disporre dei suoi assegnamenti senza temenza di creditori. È una cosa molto comoda. I creditori hanno l'interesse opposto. La legge ha preveduto che ben molte cose possono stipularsi in una convenzione. Un contratto di rendita vitalizia può, sotto la mano dello stipulatore, prendere la piega di *un assegno per alimenti*; perciò la legge ha stanziato: « Nel solo caso in cui la rendita vitalizia sia costituita a titolo gra-

« tuito si può disporre che la medesima non « sia soggetta a sequestro » (articolo 1800 del Codice civile). In tal caso non è lo stipulatore della rendita che si prepari questo mezzo di difesa contro i suoi creditori presenti o futuri, che sarebbe immorale; ma è fatto del donante, che può ben volere che niuno divida col donatario il frutto della sua largizione, dal che rimane sempre riservata, come è chiaro, la eccezione del nostro articolo 592. Questa disposizione riflette la sua luce sui placiti testamentarii. Il lascito, per indole sua lucrativo, quando abbia per titolo l'alimentazione del legatario, potrà godere della stessa immunità. Ma di ciò diremo un po' più sotto.

3. *Incertezza della giurisprudenza. Creditori anteriori e posteriori.*

Questo punto di diritto è stato dapprima soggetto a varietà e incertezze. L'articolo 582 della procedura francese, non parlando che di *provvisioni alimentarie*, lasciava dubbio se le *pensioni alimentarie* assegnate dal giudice, e che hanno una successione più o meno duratura, fossero sottoposte alla stessa restrizione. La Corte di cassazione francese decise in termini in questo senso: « Attendu qu'il s'agit « dans la cause, non d'une provision alimen- « taire, mais d'*une pension accordée pour ali- « ments* à une mère sur ses enfants, pension « fixée par la justice à la somme de 500 francs, « et ensuite portée à 800 francs; attendu que « après avoir, par l'article 581, déclaré in- « saisissables les *pensions pour aliments*, énon- « cées au n° 4, de même que les *provisions ali- « mentaires énoncées* au n° 2, le législateur, les « distinguant toujours, déclare, par l'art. 582 « du Code de procédure, *que les provisions ali- « mentaires peuvent être saisies pour cause « d'aliments, et que les pensions par cause d'ali- « ments peuvent être saisies par des créanciers « postérieurs* à l'acte constitutif de la pension « en vertu de la permission du juge, et pour « la portion qu'il détermine... ». E seguendo questo corso di idee, anche la *pensione*, o *assegno alimentario permanente*, fu ritenuta nella specie regolarmente sequestrata, essendovi concorsa la permissione del giudice, e trattandosi di *creditori posteriori*.

La materia era stata non leggermente discussa dalla sezione del tribunato. Essa portava opinione che, ammessa a fronte dei titoli più privilegiati la eccezione della *causa alimentaria*, non dovesse però farsi grazia che ai *creditori posteriori*, i quali avevano calcolato sulla posizione economica del debitore in quel tempo (LOCRÉ, *De la législation*, tom. XXII, pag. 396).

La distinzione che si è sempre fatta dai primi Codici di procedura sino all'attuale *fra creditori anteriori e posteriori* nasceva da ciò, che il testatore o il donante poteva dichiarare *non suscettibili di sequestro le somme e gli oggetti disponibili*, come si esprime l'art. 581, n° 3; la legge rispettava la volontà del testatore o donante, ma solo pei crediti che fossero anteriori. E quanto alle *somme* o *pensioni donate* o *lasciate a titolo di alimenti*, erano per legge immuni da sequestro, benchè il testatore o donante non lo avesse dichiarato, ma vi soggiacevano per *debiti posteriori*. Gli assegni provvisionali per titolo di alimenti *ordinati dal giudice* non potevano pignorarsi se non per *causa di alimenti*; e non si faceva più distinzione di tempo. Questo sistema, alquanto confuso, si era propagato nelle legislazioni italiane, e fu riformato di recente, semplificato e migliorato. Gli assegnamenti alimentari, vengano dall'autorità del giudice o dalla liberalità dell'uomo, sono soggetti ad una sorte: sfuggono al sequestro, meno che per causa d'alimenti, e non si distingue il creditore di prima e quello di poi.

Solamente ci potrebbe restar dubbio, se avesse a rispettarsi la disposizione del testatore, proibente il sequestro per altri suoi lasciti o donazioni che non fossero per titolo alimentare. La nostra legge è muta. Ma io penso che il silenzio valga abrogazione della legge precedente; significhi non doversi attendere quella volontà del testatore, che sarebbe esorbitante dal diritto della libera disponibilità.

Io pongo francamente questi postulati, avvegnachè qualche illustre procedurista, fra i quali il ROGER, autore di un ampio trattato, *De la saisie-arrêt*, non ammetta il primo; non ammetta cioè che un creditore alimentare, e creditore *non per somministrazioni fatte al debitore, ma pel diritto di essere alimentato da lui*, possa menomare gli assegni che il debitore percepisce a questo titolo. « Ainsi, dice il ROGER, n° 345, un enfant qui « aurait droit à des aliments contre son père, « ne pourrait, sous prétexte qu'il est son créan- « cier pour cause d'aliments, saisir-arrêter une « provision alimentaire adjugée à celui-ci. » Il DURANTON segnirebbe la stessa opinione (t. II, n° 426). Ma professano la contraria DALLOZ (*Aliments*, n° 426); BOITARD, tom. II, n° 828; CHAUVEAU, quest. 1936; BIOCHE, *Dictionnaire de procédure*, v° Saisie-arrêt, n° 69). E questa io seguo, che, per la semplicità ed ampiezza del nostro testo, è resa evidente. Le altre proposizioni, secondo me, non possono essere contestate.

4. *Le risposte d'affitto si comprendono nel credito per causa di alimenti.*

Ecco le parti di che si compone questa idea complessa, bene analizzata dal ROGER: « *D'après tous les auteurs*, on doit entendre par « aliments, pour lesquels une provision ali« mentaire peut être saisie, tout ce qui est né« cessaire à la vie, comme *vêtements*, LOGEMENT, « *même les visites et pansements des médecins « et chirurgiens ainsi que les médicaments* ». Sono le parole stesse che usa il CARRÉ nella quest. 1986. Quanto al fitto si vuol intender quello della casa in cui il debitore abita colla sua famiglia; e per non venire a cose speciali, dico che deve in qualche modo risultare il carattere della necessità che il giudice dovrà apprezzare.

5. *Delle pensioni alimentarie arretrate.*

La insequestrabilità è da tenersi eziandio per le pensioni alimentarie arretrate. È cavilloso l'argomento del *nemo vivit in præteritum*, e del non essere state quelle somme impiegate nella loro destinazione (ROGER, n° 360; CHAUVEAU, n° 1989 ter).

6. *Della cessibilità delle pensioni alimentarie.*

Dal divieto di sequestro al divieto di cessione corre intervallo; e in effetto una cosa non è l'altra. *La chose quoique insaisissable n'est pas inaliénable*, disse la sezione del tribunato trattando questa materia (LOCRÉ, tom. XXII, num. 30). Invero la legge spiega in tutto questo un interesse di umanità che l'onora; ma non vuole spingere il suo interessamento sino ad impedire l'azione libera che spetta ad ogni proprietario delle cose sue. Chi può impedire che un proprietario non venda sino la paglia del suo letto? Faccia ognuno quello che vuole. È un diritto: purchè 1° l'alienante non sia fra le persone che la legge reputa meno capaci; 2° che non osti qualche ragione di pubblico interesse, come sarebbe rapporto all'alienazione degli stipendii per gli impiegati in attività.

7. *Degli alimenti legati.*

Che le somme o pensioni donate o lasciate a titolo di alimenti non potessero essere pignorate che per crediti posteriori alla donazione o alla verificazione del legato, era scritto nell'articolo 581 della procedura francese, e, dopo altri Codici, nel 776 dell'ultimo piemontese; tutto ciò è scomparso. Del prima e del dopo non resta dunque il favellare a noi che abbiamo ritenuto che *ogni credito alimentario* sia titolo valido al sequestro, salva sempre l'approvazione del giudice, di cui diremo or ora qualche parola. È ben chiaro che il *credito alimentario* di cui parliamo dev'essere personale.

8. *Dell'intervento e facoltà del giudice.*

La facoltà di permettere inchiude la facoltà di negare. *Ma può il giudice accordare al sequestrante la somma intiera?* La Cassazione di Francia, argomentando dall'articolo 582 di quel Codice, che in questo punto è identico al nostro, tenne che il giudice non fosse autorizzato dalla legge che al rilascio d'una parte (18 aprile 1836). Il CHAUVEAU critica a buon diritto quella decisione, potendo il debitore essere d'altronde agiato, e in condizione miserabile il creditore.

CAPO III.

DEL PIGNORAMENTO DI MOBILI PRESSO IL DEBITORE, E DELLA NOMINA DEL CUSTODE

Articolo 593.

Il pignoramento è fatto dall'usciere.

Annotazioni.

Si è voluto demarcare l'abrogazione dell'art. 707 del Codice piemontese precedente, che diceva: « Il pignoramento sarà fatto per mezzo « d'usciere se il credito non supera le lire 100; « se è superiore, si farà dal segretario della « giudicatura del mandamento nel quale deve « aver luogo, con intervento dell'usciere della « medesima, e se ne farà constare dal processo « verbale ».

Articolo 594.

L'usciere, nel fare il pignoramento, deve essere assistito, sotto pena di nullità, da due testimoni che siano cittadini o residenti nel regno, di sesso maschile, maggiori di età, uno dei quali almeno sappia scrivere, non congiunti o affini delle parti o dell'usciere sino al quarto grado inclusivamente, nè addetti al loro servizio.

I testimoni sono richiesti dall'usciere, hanno diritto a un'indennità che sarà tassata dal pretore, ma non possono senza legittimo motivo ricusare la loro assistenza, sotto pena di un'ammenda di lire dieci, che sarà pronunziata dallo stesso pretore.

Annotazioni.

1. Il testimonio all'atto del pignoramento deve avere la qualità di *francese*, dice l'articolo 585 di quel Codice; di *nazionale*, prescriveva l'articolo 675 del Codice napoletano. Vi si poteva travedere un concetto d'ordine pubblico, una prerogativa della cittadinanza. Ora vediamo chiaramente che non la è; che invece non si guarda che alla comodità d'interpellare la testimonianza, essendosi persino tolta di mezzo la condizione che si leggeva nell'articolo 708 dell'ultimo Codice: *testimonii nazionali o dimoranti nello Stato almeno da tre anni.*

2. Una grave risponsabilità pesa sull'usciere, che ottiene nel nuovo Codice una certa maggiore fiducia; perciò il rapporto di *affinità e parentela* è considerato fra lui e i testimonii, controllori, in certa guisa, della sua operazione (*). Si disputò in Francia se il *commesso dell'usciere* (*clerc*), da lui *logé et nourri*, fosse testimonio legittimo; e si fece buono: la Corte di Parigi dichiarò esser testimonio legittimo (14 gennaio 1825). *Non è un domestico*, dicono i chiosatori; il *clerc* è qualche cosa di meglio, ed è meno dipendente. In effetto il *domestico*, che più italianamente si dice nel nostro Codice *addetto al di lui servizio*, viene escluso dal far testimonianza in questo atto.

Articolo 595.

La parte istante può assistere al pignoramento in persona, o col mezzo di mandatario. Le spese di quest'assistenza non sono ripetibili.

Articolo 596.

Quando le porte della casa o del recinto, in cui si trovano i mobili da pignorarsi, siano chiuse e non vengano immediatamente aperte, l'usciere le fa aprire e ne fa menzione nel processo verbale.

Lo stesso ha luogo quando occorra di aprire forzatamente porte interne o mobili chiusi.

Annotazioni.

V. Annotazioni all'art. 572.

Articolo 597.

Nel luogo stesso del pignoramento si fa processo verbale, che deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, anno, mese, giorno e dell'ora, e delle rimessioni ad altri giorni e ore;

2° Il nome e cognome, il domicilio, o la residenza dell'istante, coll'indicazione se sia personalmente intervenuto, o sia stato rappresentato, e in questo caso il nome e cognome del mandatario, la data e la qualità del mandato;

(*) Sempre salva la disposizione dell'articolo 11, capoverso 2°.

Digitized by Google

3° Il nome e cognome dell'usciere e dei testimoni con l'indicazione dell'età e della residenza di questi ultimi;

4° Il nome e cognome, il domicilio, o la residenza del debitore, e l'indicazione se sia stato presente all'atto;

5° La data del titolo e della spedizione di esso in forma esecutiva, e la somma per cui si procede all'esecuzione;

6° La descrizione del modo con cui si è proceduto al pignoramento;

7° L'esatta e distinta descrizione degli oggetti pignorati, e, se vi siano mercanzie, l'indicazione della loro qualità, quantità, peso e misura.

Quando si tratti di gioie e di altri oggetti d'oro o d'argento s'indica il peso di ciascun pezzo e il marchio, e se nel luogo del pignoramento non siavi un peso adatto, questi oggetti sono suggellati e si descrivono nel verbale i suggelli.

Riguardo ai bachi da seta si enuncia il numero e la dimensione dei tavolati e piani, nei quali sono ripartiti, senza che in verun caso possano essere trasportati dal luogo in cui si trovano.

Se si tratti di danaro, s'indica il numero e la specie delle monete;

8° Il valore approssimativo degli oggetti pignorati determinato dall'usciere.

Non trovandosi oggetti da pignorare ne è fatta dichiarazione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti se siano presenti, dai testimoni e dall'usciere. Se il pignoramento non sia compiuto di seguito, il processo verbale deve essere sottoscritto a ogni interruzione.

Annotazioni.

1. *In genere della nullità che consegue dalla inosservanza delle formalità prescritte nei pignoramenti esecutivi.*

Se mancano o difettano le forme che si vengono contrassegnando in questo articolo, *il pignoramento è nullo?*

La ricerca, comunque singolare, ha una portata più estesa. Altri osservò giustamente, che le varie e molteplici formalità che sono imposte nei procedimenti esecutivi non si veggono quasi mai munite della *sanzione di nullità;* nella somma, il dogma dell'articolo 56 non ha mica la più frequente applicazione nel Codice di procedura. Più spesso si ha bisogno di portare la indagine sulla importanza della formalità, sull'indole dell'atto, sul fine a cui intende, seguendo il generale principio sancito nel primo capoverso del suddetto articolo.

Questo principio, che vogliamo ripetere = *possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza* = questo principio non subisce veruna modificazione dal sistema a cui appartiene la disposizione che si pretende violata: io ne convengo; nondimeno potrà da quello desumersi il carattere più o meno rigoroso della disposizione in relazione al proprio oggetto. Il procedimento esecutivo si compone di una serie di garanzie che la legge viene dettando con molta esattezza e quasi con iscrupolo, sì a preservare il debitore da ogni abuso che venisse ad aggravare la sua già infelice condizione, sì ancora a tranquillizzare i terzi nelle loro proposte e nei loro acquisti. Più che mai adunque è bisogno di rispettare le cautele che la legge ha ponderate, e di mantener l'ordine che si è prefisso.

Nè pertanto io voglio significare che ogni formalità sia da tenersi a pena di nullità, e conviene anche guardarsi di non fornire pascolo troppo abbondante agli inesauribili cavilli dei cattivi debitori. Imperocchè si cammina sempre colla distinzione fra *obbligazione morale*, o pur anche disciplinare, e fra *obbligazione giuridica:* quella si appoggia nel rispetto della legalità, che si presume di poter ottenere dalla rettitudine o dalla coscienza dei funzionarii di diritto; questa ha la sua base ferma nella decisione irritante della legge, nella sanzione di nullità.

2. *Osservazioni speciali.*

Dal generale scendendo al particolare, l'articolo 597, nelle sue numerose prescrizioni, può essere buon esemplare di quel certo moderato e giusto rigore che si osserva negli atti esecutivi. Non faremo che accennare le formalità che riteniamo indispensabili al processo verbale, restando le altre come obbligazioni morali dell'usciere redattore, la cui trasgressione

non importa nullità, ma potrà far luogo, se e come, a riprensioni disciplinari.

È di essenza dell'atto indicare: 1° *il tempo della sua redazione* (anno, mese, giorno); 2° *le persone delle parti* nei loro appellativi principali (nome e cognome); 3° quella *dell'operatore, dei testimonii e la loro residenza*, che fa parte integrale dell'atto; 4° *la data del titolo e della spedizione*, che coarta la identità e impedisce le surrogazioni (*); 5° *la somma*; 6° *il modo praticato nella esecuzione*, quanto basta per rilevarne la convenienza; 7° *l'esatta e distinta descrizione degli oggetti*. È la maggior guarentigia che possa avere il debitore della loro custodia, conservazione, identità e delle indennità a cui ha diritto. Se la confusione cade nel complesso, il processo verbale sarebbe indubbiamente nullo; se sopra alcuni oggetti soltanto, specialmente di secondaria importanza e valore, terrei si potesse supplire con miglior descrizione, come vengo dicendo nella nota (**); 8° è chiaro che *il verbale di carenza* (1° capoverso del n° 8 dell'articolo) non esiste senza la dichiarazione che ivi è prescritta; 9° la sottoscrizione del processo verbale generale e di ogni processo verbale.

La trasgressione degli altri ordinamenti non è colpita, secondo me, di nullità assoluta, e non distrugge tutta la operazione dell'usciere, benchè possa imporgli qualche modificazione o schiarimento.

Farò un cenno sul *luogo della redazione*, la cui indicazione non ho classificata fra le formalità essenziali. Suppongo che non sia mentovato nel verbale. Il verbale nonostante si presume redatto nel luogo stesso della esecuzione. Come la menzione dell'usciere escluderebbe la prova contraria, così non la esclude il suo silenzio. Ma che verrà, provandosi che il processo verbale non fu redatto nel *luogo stesso?* Se si argomenta dall'interesse che ha la legge affinchè un atto sia composto in una forma piuttosto che in un'altra, quale trasgressione, quale deviazione di forma, non porterebbe nullità? La legge ha sempre uno scopo ragionevole, una veduta, se non altro, di convenienza e di prudenza. Interessa che il verbale sia fatto sul luogo della esecuzione per l'unità dell'operazione, per quella maggior esattezza che è per derivarne, e perchè ogni altra pratica che vi ha relazione sia incontanente eseguita. Tutto ciò è bene; ma non trovo che la redazione *sul luogo* sia per se stessa di essenza del pignoramento. Dirò che avendo dopo queste parole consultato il CARRÉ, ho trovato la conferma della mia opinione (quest. 2056, e CHAUVEAU, ivi).

Articolo 598.

Quando l'usciere, presentandosi per fare il pignoramento, ne trovi cominciato un altro, i due pignoramenti sono riuniti.

Se trovi un pignoramento già compito e un custode delegato, fa la ricognizione degli oggetti pignorati, e può pignorare quelli che non siano compresi nel primo pignoramento.

Il processo verbale di ricognizione è notificato al creditore a cui istanza fu fatto il primo pignoramento, e la notificazione importa opposizione sul prezzo della vendita.

Annotazioni.

1. *Del pignoramento comune a più pignoranti.*

Due casi sono in vista: assumere un pignoramento che si trova cominciato da altri, e tentare un pignoramento su quella stessa materia, che fu il soggetto di un altro pignoramento.

Rapporto al primo caso, la legge nuova non diede che questa semplice istruzione: *i pignoramenti saranno riuniti*. Che il secondo pignorante abbia il diritto di compiere egli pure la propria operazione, non è dubbio: solo a questo patto i pignoramenti *possono essere riuniti*. Resta però ancora a spiegare il concetto giu-

(*) La legge non accenna che *alla data del titolo*, ecc. Era forse più preciso il dire *che dovesse indicarsi il titolo colla sua data*; a ogni modo qui il titolo e la sua data s'identificano, quanto alla necessità di enunciarli.

(**) La descrizione essendo operazione parziale, può venire che in molte parti gli oggetti siano bene descritti (s'intende in modo da non poterli facilmente scambiare con altri), e in altre parti siano male descritti o specificati. Il denaro, per esempio, non nominato che pel valore, senza indicare le specie e il numero. In questo e simili casi sarà nullo il processo verbale, o piuttosto l'usciere sarà obbligato a supplire con una sua dichiarazione? Io non ritengo la nullità del pignoramento; e credo si possa supplire con miglior descrizione.

ridico della *riunione*. Egli è solamente questo: che il primo pignorante, dall'aver già appreso mobili e cose del debitore, non acquista prelazione di sorta sulle cose apprese, nè facoltà esclusiva di consumare nel proprio interesse la esecuzione; il secondo si addossa, per così esprimermi, sulle stesse masserizie, sugli stessi oggetti che vengono realmente, ed a rigor di parola, pignorati in comune. La parsimonia del dire, che io molto amo, è qui un pochino abusata dalla nuova legge. Mi bisogna ricordare il dettato del precedente articolo 735, che io reputo come compenetrato nel nostro Codice del 59): « Se il segretario o l'usciere « trova un uffiziale che stia procedendo ad « istanza d'altro creditore *proseguirà congiun-* « *tamente con questo il pignoramento, che potrà* « *esser esteso al quantitativo di mobili suffi-* « *cienti a largo estimo a soddisfare i due de-* « *biti in capitali, interessi, spese fatte e da* « *farsi* ». Questo si chiama parlare. Si proseguirà adunque la esecuzione in comune; l'un debito sarà congiunto all'altro, e se ne formerà una somma che si crede poter trovare nel mobiglio del debitore soddisfazione competente. Se un terzo e un quarto sopraggiungesse (come avviene in certi momenti di crisi delle famiglie), nuovi innesti e nuove sovrapposizioni alla prima e iniziale esecuzione.

Se abbiano a compilarsi più verbali. Se i compignoranti mantengano interessi distinti.

Si verrà osservando, trattarsi di pignoramento complesso. Ritengo che si possa fare un solo come più verbali, se ognuno dei pignoranti preferisce di spiegare i fatti della propria storia, mutuandosi a vicenda, ossia ripetendo quei fatti che storicamente sono diventati comuni (*).

Dal presentarsi o separatamente o in comune il processo verbale della esecuzione ne verrà una conseguenza importante *rispetto all'estrinseco dell'atto;* chè ognuno risponderà della compilazione sua propria: ad esempio, se uno dei verbali è perfettamente regolare, se l'altro manca di sottoscrizione, questo cade e l'altro resta solo a signoreggiare l'operazione. Rispetto a quello che voglio chiamare *intrinseco o di sostanza*, la risponsabilità rispettiva non varia neppure. Se per uno dei pignoranti si vede enunciata la somma onde si procede, e per l'altro no; se per uno l'usciere fu sollecito di mentovare il nome del creditore pignorante che venne dimenticato per l'altro, l'unità del verbale nè renderà solidarii i pignoranti della nullità (se non in quelle parti in cui la formalità è comune), nè ricoprirà quei vizi che sono singolarmente imputabili. E infine, l'unità del verbale, la stessa unione dei pignoramenti (**) non confonde gli interessi, non associa le ragioni, i diritti, non costituisce, per dir così, l'alleanza dei creditori pignoranti, posto ciò che si disse dappriincipio, che l'operazione è plurale, e si ritiene come fatta da ciascun creditore in conto proprio. Che anzi il loro stesso interesse li pone in certo modo in condizione d'ostilità, sapposto che le cose pignorate non bastino a soddisfarli ambidue, supposto che giovi all'uno di cacciar l'altro per non dividere i vantaggi della esecuzione.

Quindi, dato che l'interesse è fonte dell'azione, sarà in quel caso opponibile la eccezione di nullità non meno dal compignorante che dal debitore.

Qui però invito a riflettere, che l'atto di pignoramento non creando mai a favore del pignorante dei diritti prelativi o esclusivi verso gli altri creditori che avranno le qualità opportune per concorrere sul prezzo; quindi è che il secondo pignorante potrebbe limitarsi ad un atto di opposizione, come vedremo nell'ipotesi seguente. Il rendersi compartecipe dell'atto di esecuzione produce questo vantaggio, che può conferire nella custodia delle cose pignorate, ed egli acquista parte attiva nella procedura. Così per contro, annullato a suo pregiudizio il pignoramento, egli ci rimette le spese, perde quei vantaggi, ed è ridotto alla posizione di un semplice creditore opponente.

2. *Del processo di ricognizione a pignoramento eseguito.*

La combinazione della quale siamo venuti sin qui ragionando, non prevista dal Codice francese, presenta una vera *associazione*, una specie di fusione dei due pignoramenti contemporanei. In questa no: avviene tutt'altro. In effetto il secondo creditore che scende nella casa del debitore per oppignorare i suoi mobili, alla vista del pignoramento consumato, rimane interdetto. Egli deve limitarsi alla *ricognizione degli oggetti pignorati* (salvo pignorare quelli che non lo sono stati). Questo si considera *un vero atto di opposizione alla vendita* (CARRÉ, all'art. 611 del Codice di procedura francese; BOITARD, allo stesso articolo, n° 870), e produce gli effetti della opposizione, vale a dire di rendere l'opponente concorrente

(*) Per esempio, sono fatti particolari il titolo del credito, la somma, ecc.; comuni, il modo della esecuzione, gli effetti pignorati, ecc.

(**) Ripetiamolo: *unità* di verbale se vuolsi, ciò è arbitrario. Non *unità*, ma *unione di pignoramenti*, che è diverso.

sul prezzo (art. 651). Il solo esecutore, l'unico pignorante, colui che ha diritto di continuare il processo esecutivo, è quello che ha prevenuto.

Del verbale di ricognizione.

Il processo verbale di ricognizione verifica, senza fare descrizione alcuna, la presenza degli effetti già oppignorati o la loro mancanza; se vi ha custode preposto alle cose pignorate, ne fa menzione.

Se ignora la esecuzione consumata, l'usciere procede *ex integro* all'oppignorazione: ciò è naturale. Ma in tale condizione di cose, *è questo secondo il pignoramento attendibile?* La ignoranza dell'usciere potrà fare che quello che è fatto non sia fatto, e che il pignoramento non sia stato eseguito?

Il CHAUVEAU su questo proposito osserva: « Mais s'il ignore la première saisie, ou même « si, en étant avorti, il est dans l'impossibilité « par le refus qu'on fait de lui représenter le « procès verbal, de reconnaître et de distin- « guer les objets qui en ont fait partie, il est « alors autorisé à faire procéder à une véri- « table saisie comme si la première n'avait pas « en lieu, c'est, en effet, le seul moyen qui lui « reste de préserver ses droits de toute at- « teinte... » (quest. 2078). Sia pure; la mancanza del processo verbale anteriore giustifica, ciò è fuor di dubbio, il nuovo pignoramento, la nuova descrizione, il nuovo verbale, e la nomina di un custode. Tutto questo sta bene; ma se è vero che l'oppignorazione attribuisca dei diritti all'oppignorante, mal si comprende che il primo esecutore, quello cioè che con atto regolare aveva già deposti in mano alla giustizia i beni mobili del debitore, e cominciato il processo della espropriazione, sia per perdere la posizione acquistata pel fatto posteriore di un altro creditore, e senza colpa sua propria. BOITARD, completando la dottrina, che per altro non è contrastata neppure dal CHAUVEAU, avverte: « L'huissier du second « créancier, dans son ignorance de la première « saisie, fera sans doute un second procès ver- « bal de saisie, et établira un gardien; tant « que cette ignorance durera, le second saisis- « sant continuera ses poursuites; *mais dès que « la première saisie se relevera, le premier sai- « sissant gardera seul le rôle du poursuivant, et « le second procès verbal, considéré comme pro- « cès verbal de récolement n'aura plus que la « valeur d'une opposition* » (art. 611, n° 870).

Riassumo. *L'atto di ricognizione è una cautela* a cui ha diritto il creditore che tentò e non effettuò il pignoramento sui mobili, trovandolo già preventivamente eseguito. Ignorandosi la preventiva oppignorazione, la seconda è valevole; il che vuol dire che la spesa sarà rifattibile, che il custode apposto sarà legittimamente apposto, che il pignorante si riterrà in possesso di continuare gli atti esecutivi. Ma al manifestarsi di un pignoramento anteriore, il secondo varrà soltanto — *atto di opposizione* — e il creditore che lo consumò non ha più diritto di proseguire, ma senza bisogno di altri atti verrà a concorrere sul prezzo.

Avvertenza. Una profonda separazione ha fatto il Codice fra *atti esecutivi* e *sequestrativi o conservatorii.* Tanto profonda, che noi troviamo queste disposizioni collocate lontane e ai punti estremi del Libro (art. 921, 924, ecc.). Se per avventura uno di tali sequestri fosse stato praticato, non farà il minimo ostacolo al pignoramento esecutivo, che solo introduce il vero e diretto processo di spropriazione (BOITARD, ivi).

Articolo 599.

L'usciere nomina un custode ai mobili pignorati, il quale sottoscrive il processo verbale.

Quando non sia possibile la nomina di un custode, l'usciere provvede nel modo più conveniente per la conservazione degli oggetti pignorati.

Articolo 600.

Nella nomina del custode l'usciere deve preferire la persona che gli sia proposta dal debitore, purchè la riconosca idonea, ed essa presente all'atto assuma la custodia.

In parità di condizioni deve preferire la persona che assuma la custodia senza trasportare i mobili dal luogo in cui furono pignorati.

Articolo 601.

Non possono essere nominati custodi:

Digitized by Google

1° Il creditore, il suo coniuge, i suoi parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, o le persone addette al suo servizio, senza il consenso del debitore;

2° Il debitore, il suo coniuge, i suoi parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, o le persone addette al suo servizio, senza il consenso del creditore.

Annotazioni.

1. Un intervallo non minore di giorni dieci deve trascorrere fra l'oppignoramento e la vendita (art. 624): il legislatore ha studiato il modo di temperare al debitore il danno della sua posizione, senza mancare d'altro lato alle cautele necessarie alla conservazione degli oggetti pignorati.

2. *Facoltà dell'usciere.*

La legge confida all'usciere il giudizio della *idoneità* del custode, vale a dire della sua *probità, solvibilità* e *capacità* (*). Vi è un grande abbandono di fiducia nel pubblico ufficiale preposto a questa grave operazione. Se questo mezzo, il più facile, il più economico, il meno gravante, quello che la legge preferisce ad ogni altro, non si offre all'usciere, o egli lo reputa insufficiente, ha dalla legge stessa illimitata la facoltà di *provvedere nel modo più conveniente alla conservazione degli oggetti pignorati.* Quindi potrà collocarli in una stanza della stessa casa sotto i sigilli, o invocare dall'autorità la guardia di qualche agente o individuo della forza pubblica, o farli trasportare altrove consegnandoli al magistrato.

Per quelle cose alla cui custodia provvede espressamente la legge, cessa la facoltà dell'usciere. L'articolo 604 gl'impone *di depositare* nella cancelleria *il denaro, i titoli di credito, ecc.*

3. *Risponsabilità dell'usciere.*

Cominciamo dal dire che in ogni caso in cui concorre il *creditore* a sancire la nomina, l'usciere è liberato da qualunque risponsabilità. I giuristi scesero persino a disputare se poteva nominarsi guardiano una donna (Lepage, qu., pag. 402, 403; Dalloz; Thomine, ecc.); e passi anche per una donna qualvolta il creditore ne sia persuaso e vi consenta. Del resto se il creditore non interviene, è impossibile esonerare da risponsabilità l'usciere in primo luogo per quei fatti pei quali non ha facoltà, per quei fatti che la legge vieta, come sarebbe la nomina delle persone eccettuate dall'articolo 601. Che la nomina di tali persone faccia cadere in nullità il pignoramento, non si può ritenere. Le Corti di Francia hanno deciso in vario senso questo punto di questione; ma a noi basterà osservare che la custodia è atto semplicemente accessorio e succedaneo della esecuzione; che avendo per fine di assicurarne l'effetto, non è perciò di essenza dell'atto. La violazione per altro della legge, pure non ammettendo che una colpa lata ed escludendo il dolo dell'usciere, gl'imporrebbe la più estesa garanzia per qualunque anche minimo danno che ne derivasse al creditore. In questo adunque la risponsabilità dell'usciere è certa e piena.

Se la persona del custode è legale, si offre allora, quanto alla risponsabilità dell'usciere, una controversia più delicata. L'ammetterla o il negarla non è senza pericolo. Nell'un caso può dirsi che se teniamo l'usciere sotto quell'incubo, e nella paura delle conseguenze che gli possono derivare dalla scelta della persona del custode, egli che è libero di non nominarlo e di non accettarlo, preferirà sempre i mezzi di conservazione più sicuri e insieme più onerosi all'oppignorato contro le umane previsioni della legge. Se per contro lo liberiamo dalla risponsabilità, potrà fare a capriccio, favorire il debitore nelle sue mire meno oneste, compromettere a suo grado l'interesse del creditore; per imprudenza, senza dolo di proposito, ma con quella leggerezza con cui opera chi sa di non dover render conto del fatto suo. Dico *senza dolo*, perchè allora la questione sarebbe finita: non vi sarà alcuno che voglia sostenere che l'usciere, come ogni altro pubblico ufficiale o privato, non debba rispondere del dolo.

La giurisprudenza non si è mai bene fissata su questo punto. Le questioni si sono presentate principalmente sulla garanzia delle *solvibilità del custode*, che in vero è la qualità più interessante. La Corte di cassazione francese (18 aprile 1827, *Journ. Av.*, t. XXXII, p. 257), e qualche Corte d'appello, dissero che l'usciere è risponsabile e della *moralità* e della *solvibilità* del custode da lui nominato. Le decisioni

(*) Che sia uomo *sui juris* per rispondere alle obbligazioni che assume in faccia alla legge.

sono poche e leggiere: gli autori non vanno d'accordo. CARRÉ è persuaso che la solvibilità del custode non sia richiesta se non quando il custode è proposto dallo stesso oppignorato. L'usciere non troverà facilmente uomini disinteressati e possidenti che si prestino ad una incombenza non grata e non scevra di esposizioni personali. Egli suole prescegliere taluno di sua fiducia, uno di quelli che fanno anche il mestiere se vuolsi, e ne percepisce un salario. Questo autore ragiona per esperienza (nota alla quest. 2052). Così pure il THOMINE. Per contro PIGEAU sta più coi principii: dice che ogni pubblico ufficiale che ha una missione dalla legge deve adempirla sotto la risponsabilità dei proprii atti; se l'usciere ha scelto uno insolvibile, notoriamente tale, male per lui (*Comment.*, tom. II, pag. 189). Come per solito accade, dai varii partiti si viene indebolendo la teoria, di maniera che in fine si scarica sulla pratica: in pratica si vedrà se veramente l'usciere sia colpevole di una vera e grave imprudenza, accogliendo il primo che capita, un tristo soggetto, un miserabile a rigor di parola, senza verun precedente che lo raccomandi; come, per esempio, sarebbe l'abitualità in quelli che in certo modo ne fanno professione, e sono gente provata. *La risponsabilità insomma e della moralità e della solvibilità si ritiene;* specialmente se manchi e l'uno e l'altro requisito. Ma si ritiene non come una conseguenza pura e semplice dell'ufficio dell'usciere, ma in concorso di circostanze speciali che lo costituiscano in colpa lata, in una negligenza ingiustificabile.

4. *Il processo verbale è sottoscritto dal custode* (articolo 599). *Questione, se mancando la sottoscrizione, il processo verbale sia nullo.*

L'oggetto di questa sottoscrizione è molto diverso da quello che si annette all'art. 597. Per quelle segnature l'atto di pignoramento riceve la sua perfezione e la sua sanzione. Tutto ciò che vien dopo è accessorio; se le cose oppignorate vanno disperse e trafugate; se per cause estranee l'atto non può conseguire tutto il suo effetto, non resta meno per se stesso compiuto e valido! È dunque un'irregolarità che può bensì esporre l'usciere a gravi conseguenze, ma non annulla il verbale di pignoramento. In questo senso (sotto l'impero del Codice di procedura francese, non punto diverso, art. 599) CARRÉ e CHAUVEAU, quest. 2057, THOMINE, tom. II, pag. 113, e in generale la giurisprudenza posteriore al Codice.

Il processo verbale non è nullo, ma la questione è se esista un custode, se ci sia un contratto, se essendosi in fatto assunta da taluno la guardia delle cose pignorate, abbia costui delle obbligazioni e quali. Effettivamente il contratto di mandato, di cui la custodia è una specie, si forma colla sottoscrizione del verbale. La dottrina francese è disposta a non riconoscere nel guardiano di fatto un vero custode nel senso legale; crede potersi esonerare dall'emenda dei danni ed interessi (DALLOZ, v° *Saisie-exécution*, n° 121), e ben anco dalle pene comminate dal Codice penale (Cassazione francese, 12 novembre 1844; DALLOZ, *Recueil*, anno 1845, tom. I, pag. 166).

Io sono d'avviso che questo guardiano possa considerarsi come un custode precario e momentaneo, non avendone assunto formale impegno, cosicchè possa ritirarsi in ogni tempo; ma che per il tempo che dura la sua gestione, abbia tutti i doveri e le risponsabilità di un custode.

Articolo 602.

Quando occorra la surrogazione del custode, vi si provvede dal pretore, sentiti il creditore pignorante, il debitore, e lo stesso custode, osservate le norme stabilite nei due articoli precedenti.

Gli oggetti pignorati sono riconosciuti dall'usciere, chiamati il creditore, il debitore, il custode precedente, e quello che gli sia stato surrogato.

Nel processo verbale di ricognizione non si fa nuova descrizione degli oggetti pignorati, ma sono distintamente indicati quelli che manchino.

Annotazioni.

La revoca, surrogazione od esonerazione nel custode non procedono con regola fissa; tutto dipende dalle circostanze che il giudice locale saprà bene considerare. Il custode dei beni pignorati è un agente giudiziario a disposizione del giudice, ma non può essere revocato o surrogato se non dal giudice, eccettochè pignorante e pignorato non vadano d'ac-

cordo (articolo 1874 del Codice civile). L'usciere di fatti non può metterci le mani; egli ha compito e deposto l'ufficio suo. Questa stessa surrogazione può esser soggetto di disputa. Verificandosi il caso dell'articolo 598, non è impossibile che l'uno e l'altro usciere che procede simultaneamente alla esecuzione nomini un custode. Una di tali nomine dovrà revocarsi. Così anche la revoca, in questo ed in altri casi, è ufficio del giudice.

Articolo 603.

Il custode deve adoperare per la conservazione degli oggetti pignorati la cura di un diligente padre di famiglia, e rendere conto dei loro proventi.

Non ha diritto di conseguire salario se non si è stato concordato fra le parti, o, in caso di contestazione, stabilito dal pretore.

Non può usare, affittare, od imprestare gli oggetti pignorati, sotto pena della perdita del salario, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Del salario del custode.*

Pone l'articolo 1876 del Codice civile: « La « destinazione di un deposito giudiziale pro- « duce fra il sequestrante e il depositario vi- « cendevoli obbligazioni. Il depositario deve « usare per la conservazione delle cose se- « questrate la diligenza di un buon padre di fa- « miglia. — Deve presentarle tanto per sod- « disfare il sequestrante colla vendita, quanto « per restituirle alla parte cui sono state fatte « le esecuzioni in caso di rivocazione del se- « questro. — L'obbligo del sequestrante con- « siste nel pagare la mercede stabilita dalla « legge, o in mancanza dall'autorità giudizia- « ria ». Questa disposizione della legge civile può venire in conferma della presente, e rischiararla ove bisogni. Il *depositario* di un sequestro giudiziale, e il *custode* del pignoramento, checchessia della maggiore o minore estensione o durata dell'incarico, hanno comune la qualità della funzione, l'indole della obbligazione e la risponsabilità da cui sono vincolati. Sul diritto del salario o mercede, in genere parlando, nessun dubbio. Mancando una espressa sanzione nel Codice di procedura francese, il diritto del salario del custode, che ivi prende nome di *depositario*, non era meno solidamente fondato nell'art. 1962 del Codice Napoleone.

Se non che, laddove nella legge civile si enuncia chiaramente *il dovere del sequestrante di pagare la mercede al depositario*, la giudiziaria lascia dubitare chi sia il debitore del salario: se il creditore pignorante o l'oppignorato; o se in fine il peso ricada sul prezzo graduabile, come spesa privilegiata di giustizia, secondo l'articolo 1936, n° 1, del Codice civile.

L'usciere rappresenta l'interesse del creditore, ed è il vero suo mandatario nell'opera dell'esecuzione. Il custode da lui nominato è adunque come fosse nominato dal creditore, verso il quale soltanto ha l'azione del salario; così armonizzano le due disposizioni del Codice civile e della procedura. Ma sull'oppignorato ricade la spesa, su lui che vi ha dato causa obbligando il creditore agli atti di esecuzione, su lui mentre per lo minore incomodo suo è deputato un custode. Il creditore che anticipa il salario al custode è pienamente guarentito dal privilegio, essendo certo che anche questa spesa è prelevata sul prezzo come spesa di giustizia (Boitard, n° 860).

Per altro, se la redazione del nostro articolo è esatta, il primo capoverso esprimerebbe una modificazione della nuova legge. La precedente sarda, nell'articolo 722, scriveva: *Egli* (il custode) *ha diritto di conseguire il salario, che in difetto d'accordo verrà arbitrato dal tribunale.* Invece il nostro testo comincia dal *negare il diritto.* Poi lo concede in due casi; d'accordo, intervenuto *fra le parti*, ossia fra il custode e il creditore, o l'usciere per lui; e di ordinamento del giudice. Sembra dunque che per chieder salario non basti aver sostenuta la custodia, ma debba eziandio risultare l'animo, il proposito di voler esser pagato quando la si assunse. Un uomo non solito a locare la sua opera, un amico di famiglia, un uomo agiato, potrà credersi aver voluto prestare servizio gratuito, perciò a sciogliere il dubbio del salario interviene il giudice. Non nego che tutto questo appare come in nebbia; e principalmente per opposizione coll'antico dettato, tanto preciso. La regola del diritto civile, che ha sì perfetta analogia, ci farà propensi a ritenere la giustizia della retribuzione.

2. **Questione.** — *Se il custode delle cose pignorate sia obbligato alla loro conservazione e rappresentazione non solo rispetto al creditore*

oppignorante, ma eziandio rispetto agli opponenti.

Seguita nell'interesse del creditore munito di titolo esecutivo la oppignorazione, continuano gli atti di espropriazione nell'interesse di lui, onde sul prezzo della vendita realizzare il proprio credito. Perchè dunque non potrà egli accomodarsi col debitore, abbandonar gli atti o limitarne la entità, rilasciando allo stesso debitore parte dei mobili pignorati, e liberando quindi il custode o depositarie dalla esposizione relativa?

L'ostacolo che si eleva contro la libera disponibilità di un processo da lui medesimo iniziato e condotto, nasce da questo, che via facendo non è più solo; incontra dei compagni che anche suo malgrado vogliono fare il viaggio con lui, e si propongono niente meno che di dividere, e fors'anche di appropriarsi intero il frutto dell'opera sua.

Questi compagni più e meno molesti sono altri creditori che si trovano in misura di concorrere sul prezzo.

La ragione del concorso riposa sul principio che la presa del pegno non trasferisce diritto di proprietà nel prendente, come non ispoglia il debitore; che i creditori hanno quindi ugual diritto di esser pagati sul prezzo secondo la qualità e quantità dei rispettivi crediti; che il creditore oppignorante non acquista neppure un diritto di prelazione; di fatti come mai potrebbe averlo acquistato? Col prevenire gli altri creditori nell'apprensione del pegno, e così instaurando il giudizio esecutivo? Ma è chiaro che la istituzione di un giudizio non fa che aprire l'arena in cui i diritti devono essere deliberati, e non equivale per se stessa a un diritto.

Vi sono adunque, o vi possono essere, degli altri creditori, assurgenti per compartecipare del prezzo, che prendono una posizione più o meno vantaggiosa nel processo di fronte all'oppignorante.

Intanto riteniamo che può venire un momento in cui il creditore pignorante non sia più libero di disporre delle cose pignorate, benchè il pignoramento sia stato eseguito nel suo proprio interesse, e potesse anche non farlo.

Ora esaminiamo questo momento importante della procedura. Ma prima diamo uno sguardo alle questioni che sono nate su questo soggetto: ciò tornerà utile per meglio comprenderlo.

La questione parte da un fatto che bisogna supporre: dalla *opposizione* che qualche creditore abbia elevata a termini di legge (articolo 646). L'opposizione può esser presentata *prima e dopo la vendita*. Se fu presentata *dopo la vendita*, è manifesto che non rimane altra disputa possibile che sul prezzo. Ma se l'opposizione precede la vendita, mentre i mobili esistono ancora sotto custodia, è in questa condizione di cose che si agita il problema sulla efficacia della opposizione, *onde rendere ai creditori comune il pegno;* in conseguenza di che il creditore oppignorante è evidentemente privato del diritto di disporre delle cose che lo compongono, e sarebbe costretto a seguire i creditori opponenti sino alla consumazione del pegno, sino alla distribuzione del prezzo.

Consultando la giurisprudenza anteriore al Codice di procedura francese, noi troviamo un deciso favore per quella opinione che sostiene l'associazione del pegno mobile per forza di opposizione di creditori, precedente la vendita. Basta solo citare il POTHIER, l'ultimo e il più illustre dei commentatori anteriori (*Trattato della procedura*, part. IV, cap. 2, § 3). Secondo quella legislazione, com'egli attesta, era necessario citare gli opponenti nel giudizio di vendita, sotto pena di nullità. Il PIGEAU si fece campione per sostenere la stessa dottrina sotto l'impero del Codice (tom. II, p. 200). Il CARRÉ vi aggiunge il suo voto ben autorevole. « Supposons, dice il secondo, que quelquesuns de « ces créanciers aient mis opposition avant la « vente, opposition qui, comme on le sait, ne « porte que sur le prix de cette vente, PIGEAU « dit bien *que par cette opposition ils de-* « *viennent parties dans la saisie, et que le sai-* « *sissant ne peut plus en disposer au préjudice* « *de l'opposant* » (quest. 2063). Adottato che il creditore opponente è associato al pegno, ne consegue colla maggiore evidenza che il custode o depositario degli effetti deve rispondere non al solo oppignorante, ma eziandio agli altri creditori; che non gli gioverebbe aver ottenuto da quello assoluzione, ma dovrebbe riportare gli effetti per essere venduti, per quanto l'oppignorante non avesse più ragione d'insistere per essere stato pagato.

Il CHAUVEAU nega ai creditori semplicemente opponenti la partecipazione del pegno; il suo argomento si appoggia principalmente sull'articolo 612 della procedura francese, per il quale si richiede e *titolo esecutivo* e *atto di ricognizione*, affinchè sia lecito a un concreditore di surrogarsi all'oppignorante nella prosecuzione degli atti esecutivi. Malgrado ciò, egli è persuaso che, *rispetto alla rappresentazione degli effetti pignorati*, il custode sia tenuto verso tutti i creditori *che fecero opposizione prima della vendita*, « encore qu'ils ne

« se soient pas rendns parties par nn récole-« ment » (questione snddetta, e questione 2082 bis).

La ricerca che abbiamo istituita snlla *risponsabilità del custode* ci ha condotti in questo esame, che meglio convrrebbe al diritto della opposizione stanziato nell'articolo 646. La nostra opinione è quella del CHAUVEAU. Vi è differenzn fra il diritto di surrogazione al creditore opplgnorante e quello della opposizione. Sui requislti che occorrono per esercitare il primo, non possiamo restare in dubbio dinanzi l'articolo 575 già esaminato. Comprensione materiale nel pegno mediante concorso primitivo o atto di ricognizione nei termini dell'articolo 598. Per conseguenza possesso di titolo esecutivo. L'*opposizione* ha piuttosto un *carattere negativo*, una virtù conservatoria; la qnale basta affinchè lo stato delle cose non sia alterato per volontà dell'oppignorante o dell'oppignorato; qnantnnqne non basti perchè la realtà la vendita abbia effetto. Perchè, ritirandosi l'oppignorante, abbia effetto la vendita, sarà d'nopo che taluno dei creditori opponenti proceda in conformità dell'art. 575; adempita alla quale condlzione egli acquista qualltà di compignorante e di associato al pegno (*V.* anche le ANNOTAZIONI all'art. 646).

3. *Sul possesso delle cose pignorate nell'intervallo che precede la rendita.*

Un'antlca legge attribulva al depositario o guardiano una vera immissione in possesso (art. 15, tit. XIX dell'Ordinanza del 1667). La severità dl qnesto metodo fu mitigata nelle nnove procednre, talchè non si parlò più d'immissione in possesso, senza esclnderla per altro qualora per la condizione delle cose si rendesse inevitabile. L'istituzione del gnardiano, vegliante sulla conservazione degli effetti, non meno che sulla condotta del debitore che continua a goderne, provvede al caso più frequente di oppignorazione caduta su cose d'nso giornaliero; così il possesso continua nel proprietario. Ma vi sono ben altre cose che non si devono lasciare in mano sna, e allora un vero possesso, della natnra di quello che ritiene il depositario, è attribuito al cnstode. Se masse di frumento sono pignorate sui granai, e botti di vino o d'olio nei magazzini del debitore, qneste e altre cose che si consumano coll'nso non devono restargli in libertà: il guardiano non avrebbe altra missione che di assistere alla loro consumazione. Egli ritirerà le chiavi dei magazzini e de' granai, e sarà un vero possesso. L'articolo 603 già suppone il possesso del custode, dacchè gli ingiunge *di render conto dei proventi*, e gli proibisce di affittare e servirsi in alcun modo degli effetti. Questo diritto di possesso nel custode è anche considerato dagli autori (CARRÉ, questione 2055; PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 191; FAVARD DE LANGLADE, tom. V, pag. 39, ecc.).

4. *Dell'arresto personale contro il custode.*

La teoria dell'arresto personale ha ricevuto una importante modificazione dalla nuova legge civile. « L'arresto personale, diceva l'ar-« ticolo 2100 del Codice albertino, *ha luogo in* « *virtù della legge, ed il giudice non può di-* « *spensarsi dal pronunciarlo.* » Un ordine di arresto impersonalmente pronunciato dalla legge, e snbito come nu dovere, dalla sentenza del magistrato, aveva un'apparenza di durezza, d'inflessibilità che non era, io credo, totalmente nella intenzione, perchè in effetto non si tendeva che a rimuovere l'indnlgente arbitrio del magistrato, dati i casi preveduti dalla legge. In vero ella è questa la efficacia di ogni sanzione penale (*); e non ve ne ha alcnna che miri ad usurpare sul giudice il dominio del fatto. Contuttociò quella forma quasi assoluta doveva imporsi nelle menti, ed esercitarvi nna pressione poco propizia alla libertà del giudicio. Il nuovo legislatore lo ha sentito, e ne abbia la debita lode. Ora si è detto così: « L'arresto personale non può es-« sere ordinato che sulla istanza della parte « interessata nei casi e nelle forme determi-« nate dalla legge », e la clausola imperativa è stata omessa (articolo 2093). Confrontando poi gli articoli che vengono classificando gli eventi nei quali la sanzione sarà applicata, è facile scorgere nella nnova redazione nn fare più largo e in qualche modo più liberale; e messo in un rilievo apprezzabile il dolo e la mala fede che devono verificarsi nell'agente.

Il custode o depositario degli effetti pignorati non può sfuggire a questa misura di rigore, dovendosi ritenere la sua posizione compresa nella sanzione dell'art. 2094 del Codice civile. Ma il semplice fatto della custodia assunta e della non presentazione degli oggetti non basteranno, ove possa in qualche maniera giustificarsi. Il nostro articolo 603 passa in silenzio, e tacitamente si riporta alla legge normale. Certo è che la istanza della parte deve

(*) Dichiaro che nella presente applicazione la formola non è del tutto esatta; ma intendo usare una espressione generica.

Digitized by Google

precedere (art. 2093 suddetto), e il giudice rilascia l'ordine d'arresto *causa cognita*.

Ogni interessato può fare la istanza; fra i quali *i creditori che hanno fatto opposizione regolare prima della vendita*, per quei diritti che nelle precedenti osservazioni abbiamo mostrato ad essi competere.

Articolo 604.

Una copia autentica del processo verbale nella parte contenente la descrizione dei mobili pignorati è, sul luogo del pignoramento, consegnata dall'usciere al custode, se questi la richieda: l'originale è depositato nella cancelleria del pretore nel giorno stesso della sua data, o al più tardi nel giorno successivo.

L'usciere deve depositare nella cancelleria il denaro e qualunque titolo di credito pignorato, le gioie e gli oggetti d'oro e d'argento, per i quali non siasi potuto trovare un custode, o se per la loro importanza non siasi giudicato conveniente di consegnarglieli.

In fine del processo verbale e sulla presentazione che gliene è fatta dal cancelliere, il pretore, a istanza del creditore, provvede per la vendita in conformità del capo VI di questo titolo.

Annotazioni.

1. Ordina l'articolo 601 del Codice civile francese che se la esecuzione mobiliare viene eseguita al domicilio del debitore, gli sia immediatamente (*sur-le-champ*) notificata copia del processo verbale; assente, se ne dia copia al sindaco o al magistrato, a quel magistrato che per rifiuto avrebbe fatto atterrare le porte: lo stesso ordinamento s'incontra nell'art. 691 del cessato Codice di procedura napolitano e nell'art. 696 del Codice sardo del 1854. Nel 723 di quello del 1859 si lesse invece, ed ora si ripete, che *una copia autentica del processo verbale... sarà consegnata dall'usciere al custode se questi la richieda...*, e così per due conformi e recenti legislazioni venne soppresso il precetto della notificazione del processo verbale al debitore, che parve ad alcuni tribunali e giuristi un fatto sì necessario da concludere, qualora omesso, la nullità del pignoramento.

Sono andato cercando colla lente fra i sottili avvedimenti del legislatore un surrogato, un compenso a questa che a me pure sembra mancanza gravissima. Il processo verbale è *sottoscritto anche dal debitore, se presente*, ecco quanto si argomenta dall'ultimo capoverso dell'articolo 597. *L'originale è depositato in cancelleria*, giusta il prescritto dell'art. 604. Questi saranno mezzi di cognizione al debitore; la legge se ne contenta.

2. Senza bisogno di citazione, il pretore, curante il cancelliere, *in fine del processo verbale* assegna giorno, ora e luogo in cui seguirà la vendita, tenendosi ai disposti degli articoli 623 e seg. Neppure di questo *provvedimento* è imposta notificazione; il debitore ne sarà poi formalmente avvertito colla notificazione del bando (art. 631).

Articolo 605.

Quando la vendita degli oggetti pignorati non si faccia nel giorno stabilito, il custode può chiedere di essere esonerato, citando a quest'uopo davanti il pretore il creditore pignorante e il debitore.

Se sia accordata l'esonerazione, si procede alla surrogazione del custode, osservate le disposizioni dell'articolo 602.

Annotazioni.

Non so se questa disposizione imbarazzante meritasse di esser conservata. Chi accetta la custodia delle cose pignorate deve intendersi averla assunta sino alla vendita. Gravi motivi per ritirarsi dall'impegno assunto ce ne possono essere, devono prendersi in considerazione; ma

il semplice differimento del giorno della vendita, che d'ordinario è assai breve, non pare argomento di sostanza. Intanto si dovrà, se così piace al custode, intromettere sul termine della procedura un giudizio con citazione delle parti; e tuttavia rimane in forse *se sarà accordata l'esonerazione*, secondo il capoverso di questo articolo.

Abbiamo più d'un rimando. L'articolo c'invia all'articolo 602; e questo agli articoli 600 e 601. Tutto ciò importa che sarà per ordinanza del pretore delegato un usciere (possibilmente quello stesso che è proceduto all'esecuzione), il quale usciere di conserva col creditore, col debitore, e col custode precedente e col novello si porterà nel luogo ove sono custoditi gli effetti *per farne la ricognizione* o verificazione. Se tutto è in regola, il nuovo custode subentrerà al primo senza difficoltà; ma se ci fosse del disordine, se degli oggetti mancassero o si trovassero manomessi e guasti, non sarà facile il sostituire, e sulla soglia della vendita può prevedersi una lite.

Il rinvio che vien fatto all'articolo 601 significa la esclusione delle persone ivi classificate, e sta bene. Ma sappiamo ancora che vuol essere applicato pure in questo caso l'articolo 600. Il richiamo di tale disposizione ci fa persuasi che, *se al giudice appartiene il decretare la esonerazione, e quindi la surrogazione* (secondo le osservazioni all'articolo 602), *è nell'ufficio dell'usciere delegato nominare la persona del nuovo custode.* Similmente sarà dell'usciere il provvedere per la sicurezza degli oggetti, nè sarà privato della facoltà che egli ripete dall'art. 599, *quando non sia possibile la nomina del custode.* Insomma l'ufficiale esecutore ripiglia, mediante la delegazione del giudice, le attribuzioni di cui è investito dalla legge, perchè sono inerenti al carattere della sua funzione; essendo poi manifesto che il pretore risolverà le contestazioni che potessero nascere.

CAPO IV.

DEL PIGNORAMENTO DEI FRUTTI NON ANCORA RACCOLTI O NON ANCORA SEPARATI DAL SUOLO

Articolo 606.

Il pignoramento di frutti non ancora raccolti o separati dal suolo si fa dall'usciere.

Questo pignoramento, salvo le disposizioni del capo presente, è regolato dalle disposizioni del capo precedente in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. *Quali sono le disposizioni del Capo precedente a questa maniera di esecuzione applicabili?* Breve: lo sono tutte, meno il 596, e meno le modificazioni che ricevono gli articoli 597 e 604. Ricordiamo inoltre la regola relativa stabilita dall'articolo 589.

2. È una specie del *pignoramento mobiliare*, con alcuni caratteri convenienti e proprii all'indole sua. Se i frutti si trovassero staccati dal suolo, si avrebbe una vera e pretta esecuzione sui mobili. *I frutti della terra e degli alberi non per anco separati e raccolti dal suolo* sono *immobili*, secondo l'articolo 411 del Codice civile, e sono *mobili*, secondo l'art. 606 della procedura. Vi è meno contraddizione di quella che pare. La legge civile considera i frutti *nella loro condizione di permanenza sul suolo*; e di fatti gli istituti che vi applica nel giro della sua dizione, contemplano tutti il momento di permanenza di questo stato di cose (*). La legge di procedura, regolando una operazione che ha per fine di disporre dei

(*) Se cade questione sui frutti attaccati al suolo, si considerano immobili per la competenza (art. 7, *Delle disposizioni preliminari il Codice civile*). I frutti attaccati al suolo si ricuperano coll'immobile; ne fanno parte. Sono colpiti d'ipoteca coll'immobile.

frutti stessi, contempla invece la prossima trasformazione che vanno a subire mediante la divisione dal suolo. La legge di procedura insomma li considera come già separati dal suolo, non essendo la loro apprensione o sequestrazione che una cautela ed uno espediente onde preservarli dalla dispersione.

Per contro i mobili, naturalmente tali, se idealmente congiunti coll'immobile; i concimi, paglie, sementi, gli animali, gli aratri e gli altri istrumenti d'istruzione, ricevono qualità dalla loro destinazione, e non sono pignorabili che coll'immobile; onde il singolare fenomeno giuridico, che la unione fittizia e metafisica è più tenace e più consistente che la fisica e naturale (*fructus pendentes pars fundi videntur*). Si eccettua il caso del n° 1 dell'articolo 586, già esaminato a suo luogo. Quella relazione potente, e nel suo scopo utilissima, che riunisce certi mobili all'immobile per farne un ente compinto e abile al proprio oggetto industriale, cessa allora per una ragione più forte; per lo rispetto della moralità del debito. Diventano adunque quei mobili pignorabili separatamente, ma non mai come produzioni, non mai come frutti propriamente, quantunque possano esserlo (*); ma essendo in effetto stati già divisi dal suolo, si considerano per quello che sono e nella effettiva loro natura di mobili, senza relazione col suolo.

Noi abbiamo dunque: 1° cose immobili, che nel tempo prossimo alla loro naturale mobilizzazione si reputano mobili per l'effetto del pignoramento; 2° cose mobili, che unite all'immobile dal pensiero previdente dell'uomo, seguono, generalmente parlando, il destino dell'immobile; 3° abbiamo inoltre delle cose immobili, perchè naturalmente unite alla sostanza o alla sua causa, la terra (*frutti pendenti*), che, quantunque staccate, continuano mentalmente e per provvidenza dell'uomo a ritenersi immobili. Tale è l'ordine che vien posto dall'articolo 2085 del Codice civile. Così il legislatore *modifica le relazioni di natura secondo i proprii fini*; nel *primo caso* non si vede innanzi che una pura e semplice modalità, e non vi è ragione di sottoporre alle dispendiose formalità della esecuzione immobiliare, cose che non si verranno a realizzare se non nella condizione di mobili; nel *secondo caso* si ha interesse che il fondo non sia, per per dir così, straziato a brani, ma si trasporti da una mano all'altra con tutti i suoi mezzi di attività, con tutti i suoi accessorii; nel *terzo caso* (come vedremo a suo luogo) la immobilizzazione dei frutti non fa che segnare il momento in cui cessa la disponibilità del proprietario, onde si aumenta il valore dell'immobile e il prezzo da distribuirsi ai creditori.

3. *Se siano da ammettersi le limitazioni dell'articolo* 585.

Ricordando le discussioni che vennero fatte su questo argomento avanti la commissione del Senato per introdurre nel Codice, che allora si stava costruendo, e fu attivato nel 1855, le norme equitative del Codice di Ginevra (**), ricordando che quelle proposte furono respinte, e ritenuta la conformità delle legislazioni successive, pare che l'articolo 585 sia rimasto a regolare la sola esecuzione sui mobili e non patisca estensione. È vero: l'oppignorato può mancare d'ogni ben di Dio, non restargli che quel misero ricolto che gli viene rapito. Ma ciò è di una rarità estrema: possidente, benchè piccolo, non avrà mobili in casa, qualche risorsa *per vivere un mese*, perchè l'art. 585 non esige mica di più? *Ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur* (onde in ciò non convengo coll'esimio SCIALOJA, *Commentario*, vol. I, part. I, n° 505).

4. *Del pignoramento dei frutti di un fondo goduto a titolo d'usufrutto.*

Se al tempo del pignoramento vive l'usufruttuario, che non è più al mondo quando viene il momento di tagliare i frutti, il *pignoramento si risolve* (***) e cessa. Nessuna questione innanzi all'articolo 480 del Codice civile, che del resto è il lucido riflesso dei principii che governano la materia dell'usufrutto. Io colgo l'argomento per raffermare una definizione di sopra posta. Ho detto che il pignoramento dei frutti, benchè cada effettivamente su cosa immobile, si reputa mobiliare *in quanto i frutti si contemplano nella naturale trasformazione che gli aspetta*, anzichè nello stato presente, che è di semplice sequestro e cautela.

Articolo 607.

Il processo verbale del pignoramento deve indicare la qualità e la natura dei frutti pignorati, la situazione e il numero di catasto o delle mappe censuarie,

(*) Le paglie, i fieni che dovranno servire alla nutrizione degli armenti agricoli sono pur essi prodotti del suolo.

(**) Art. 495, 496 di quel Codice.

(***) Non è *nullo* il pignoramento, come alcuni dicono: in origine è valido, sotto l'aspetto d'una sequestrazione.

oppure due almeno dei confini del fondo in cui i frutti si trovano, l'estensione approssimativa di ciascuna parte del medesimo, e, trattandosi di frutti di alberi, il numero di questi.

Annotazioni.

Il difetto di alcune delle indicate formalità non produrrebbe nullità se non rendendosi per esso incerta la identità del fondo.

Articolo 608.

Quando siano pignorati i frutti in diversi fondi vicini o formanti un solo corpo di coltivazione, è nominato un solo custode.

Annotazioni.

Potrebbe nominarsi anche più d'un custode, ma non caricarsi al debitore che la spesa di un solo. Avvertasi che la legge parla di *fondi vicini* o *formanti un sol corpo di coltivazione.*

Articolo 609.

Il processo verbale del pignoramento è depositato nella cancelleria della pretura, nella cui giurisdizione è situata la maggior parte dei fondi.

Articolo 610.

Il pretore, in contraddittorio del creditore e del debitore, autorizza, secondo le circostanze, la vendita dei frutti o mentre sono pendenti, o dopo che siano raccolti.

Nel primo caso si procede alla vendita dei frutti pendenti, secondo le disposizioni del capo VI di questo titolo.

Nel secondo caso il pretore può autorizzare il custode a venderli privatamente.

Annotazioni.

1. Il Codice francese procede, per dir così, all'ingrosso in questa materia della vendita dei frutti pignorati. Secondo ciò che si desume da quegli articoli 629 e 630, si vende il raccolto come sta, il raccolto pendente sul campo; il che può eseguirsi passati soli otto giorni dal pignoramento. L'interesse del debitore, meglio curato da legislazioni più recenti, consigliò di non legarsi ad un metodo esclusivo; e nel nostro articolo vediamo riprodotte le delicate combinazioni già avvisate dal Codice di Ginevra (articolo 731), e affidata la esecuzione alla prudenza del giudice locale. La vendita della raccolta pendente non ha il suffragio di una buona economia, additando la esperienza che il prezzo che si offre non corrisponde quasi mai alla realtà; vi è dell'aleatorio, vi s'intromette la speculazione commerciale. Ma i vantaggi del metodo opposto possono venire frustrati dalla spesa di custodia e dai pericoli che ci sono. I luoghi, i tempi, il commercio del luogo, e la maggiore o minore quantità ed estensione della materia oppignorata, ben ponderati, faranno che quel buon padre di famiglia, che è il giudice, si risolva al migliore partito.

2. *Quanto alla vendita dei frutti* pendenti siamo rinviati al sistema ordinato nel Capo VI. L'intervallo dei dieci giorni fissato dall'articolo 624 dovrà pure attendersi colle precauzioni suggerite dall'articolo stesso. Il giorno, il luogo preferibile è additato nell'articolo 626.

Tagliate le messi e raccolto il prodotto, fatta la vendemmia e pigiate le uve, niente osta che non si possa tenere lo stesso sistema della vendita pubblica, anzi questa è la regola. Il metodo della vendita privata è una vera eccezione, e il giudice dovrà usare tutto il suo senno, e scrutare come il custodo meriti tanta fiducia. L'assunto è grave, e molta è la risponsabilità di questo mandatario giudiziale.

Anzi, nasce dubbio se la legge sia completa,

se non vi sia sottinteso il diritto dell'oppignorato di concorrere e di sopravegliare le sue operazioni. L'oppignorato è tuttavia il proprietario. Si ritiene dal CARRÉ con piena ragione; che trattandosi di eseguire la messe o la vendemmia in condizione di sequestro, il sequestrato, che è tuttavia in possesso, benchè limitato, possa procedervi, ma non senza averne fatta intimazione all'oppignorante ed al custode; e l'oppignorato non curandone, lo stesso diritto abbia il creditore, previa autorizzazione del giudice, e colla relativa intimazione all'oppignorato (CARRÉ e CHAUVEAU, quest. 2123).

CAPO V.

DEL PIGNORAMENTO DI BENI MOBILI PRESSO I TERZI, E DELL'ASSEGNAMENTO DI CREDITI IN PAGAMENTO

OSSERVAZIONI GENERALI

L'oggetto e la sistemazione di questo titolo prosegue l'ordinamento dei Codici sardi; e mantiene quindi la sua indipendenza dal metodo francese (*). La prima differenza fra codesti sistemi si è, che noi comprendiamo in un titolo e assoggettiamo a forme analoghe tanto i sequestri dei crediti semplici *ed effetti del debitore esistenti presso un terzo* (**), quanto *delle rendite costituite sopra terzi*, che in quel Codice forma un titolo a parte. L'altra e più grave differenza consiste nella qualità e nel carattere del sequestro o pignoramento, che, secondo noi divisiamo, è una vera e propria esecuzione procedente da titolo esecutivo come ogni altra, e quindi non partecipa di quell'indole conservatoria che rende ambiguo l'istituto francese; il che porta un certo cumulo di prescrizioni e di ordinamenti che fanno, più che altro, complicazione ed ingombro. La parte elevata e razionale della differenza è in ciò, che l'istituto francese (noto col nome di *saisie-arrêt*) è molto importuno e ostile al diritto di proprietà, poichè potendosi, per ogni velleità e pretensione di credito non giustificata da titolo esecutivo, imprimere un vincolo alle ragioni creditorie del debitore, si creano facilmente posizioni imbarazzanti, e si attraversa il giro degli affari, quando poi, nell'inevitabile giudizio di *conferma*, il credito potrebbe trovarsi infondato, o torbido, o insufficiente ad una esecuzione, e risolversi in un conato col solo effetto di una sospensione ingiusta e di un inutile dispendio. Se si fosse avuto spesso questo coraggio di scostarsi dai francesi, ho fede che sarebbe andata meglio! Noi non manchiamo però di spedienti conservativi; chè anzi può dirsi che il nostro Codice ne abbonda. È stato scritto appositamente nel Titolo XI, Sezione II del Libro seguente un ordinamento che (a parte la sua giacitura, che ha l'aria di appendice) provvede in modo competente ai *sequestri conservativi*. Ho voluto fare in principio questo ricordo di legislazione comparata, perchè la non poca influenza che esercita anche in questo tema fra noi la giurisprudenza francese, non ci apporti confusione, che del resto si cercherà di tor via nell'esame alquanto sviluppato che verremo facendo di questo grave subbietto.

Articolo 611.

Il pignoramento di mobili e di crediti presso terzi è fatto per atto notificato al terzo e al debitore nella forma delle citazioni.

(*) Le procedure di Parma e Modena si accostarono di più a quest'ultimo, senza seguirlo totalmente, come fece quello di Napoli.

(**) Traduzione ufficiale dell'epigrafe del Titolo VII, Libro V, Parte I del Codice di procedura per il Regno d'Italia.

L'atto deve contenere:

1° L'enunciazione della somma dovuta, del titolo in forza del quale si procede, e della sua spedizione in forma esecutiva;

2° L'indicazione almeno generica dei mobili che sono presso il terzo, o delle somme da questo dovute;

3° Il divieto al terzo di disporre, senza ordine di giustizia, della cosa pignorata;

4° L'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza, a norma dell'articolo 563;

5° La data della notificazione del precetto fatto precedentemente al debitore, o della sentenza nei casi indicati nell'articolo 565;

6° La citazione del debitore e del terzo a comparire avanti il pretore del mandamento, in cui il terzo ha la residenza o il domicilio, acciocchè esso dichiari i mobili che presso lui si trovano o le somme da lui dovute al debitore, e questi, se voglia, sia presente alla dichiarazione e agli atti ulteriori.

Annotazioni.

I.

1. È un vero *pignoramento*, come indica la nomenclatura e il sistema di cui fa parte, cioè della *Esecuzione dei beni mobili*. Oggi si legge pensatamente aggiunto nell'epigrafe: *e di assegnamento di crediti in pagamento*, che il maggiore scrittore della materia, il Roger, diceva mancare alle definizioni esibite da' suoi confratelli (*De la saisie-arrêt*, n° 1) (*).

2. *Nozione del terzo.*

Questa specie di pignoramento è distinta dalla esecuzione sui mobili, sin qui trascorsa, in quanto vi s'intromette *un terzo* debitore del debitore. Quando è che si ha da fare con un terzo, e quando è che il supposto detentore degli effetti pignorabili è il debitore medesimo nel suo rappresentante? Insegna Roger: « Ce « ne peut être qu'aux rapports existants entre « eux. Lorsque ces rapports sont de telle na« ture qu'on doive les considérer l'un et l'au« tre comme un seul et même individu, le « détenteur ne saurait alors être un tiers » (n° 17). L'amministratore, l'agente, il cassiere, il preposto a riscuotere nell'interesse del proprietario, non sono terzi; si confondono colla persona stessa del debitore; agiscono per lui, e sono suoi dipendenti; ad esso locano i proprii servigi, vincolati in una obbligazione continua e abituale. Ciò stesso non si dirà dei mandatarii, dei commissionarii, dei banchieri, di un negoziante che deposita in loro mano titoli e valori. Il gerente di una società è pure un terzo rimpetto ai singoli individui di essa società, se si consideri il loro privato interesse messo in collisione con quello dell'ente sociale. Queste ed altre distinzioni ci vengono porte dal Bioche, dal Roger e dal Dalloz, e sarebbe facile continuarne la serie. Ma a quale profitto? Vediamolo.

Lo scopo della ricerca consiste in ciò, che se i *beni mobili*, i denari, i titoli di credito sono in mano allo stesso debitore o a chi s'identifica colla persona di lui, *ha luogo il procedimento secondo le norme del Capo III* (già trascorso); se invece il detentore è una persona diversa, quella che qui chiamasi *un terzo*, allora ha luogo il procedimento secondo le norme del presente Capo V. Ecco una questione che sembra muovere da una teoria giuridica, e finisce in un metodo di procedura. Io non sono molto proclive a ritenere su questo punto il criterio di Roger. Esso involge controversie che assolutamente non possono farsi quando si tratta di sapere se una esecuzione è regolare o no. *Il debitore del mio debitore è sempre un terzo* per gli effetti di questo modo di esecuzione. Sia un commesso, un agente, un mandatario, un fattore, un esattore per conto mio, poco monta. Basta che il detentore materiale di ciò che vuolsi apprendere non sia lo stesso debitore.

La legge parla di *crediti* e parla di *mobili* o *effetti materiali* detenuti da terzi. Ebbene, fac-

(*) Senza perdere di rispetto al tecnicismo del linguaggio, che è una delle qualità indispensabili dello stile forense, non rinunciamo all'usare talvolta la parola *sequestro*, che è tanto peculiare al soggetto; ma siamo già intesi che non si tratta di *sequestro conservativo*, a cui la nuova legge l'ha specialmente dedicata.

ciamo anche noi la stessa distinzione. Quanto ai primi, non si può ammettere la seguente dottrina del ROGER: « Il sera souvent difficile « d'apprécier si l'individu employé par le dé« biteur est son mandataire ou son préposé; « mais cette difficulté ne détruit pas la jus« tesse de la distinction faite (n° 16), *et il ne « faut pas moins admettre qu'on peut agir en« tre les mains d'un préposé par voie de saisie« exécution; et qu'on doit saisir par voie de « saisie-arrêt entre les mains d'un mandataire « du débiteur* » (n° 23). La difficoltà che l'autore ammette, e che dovrebbe incontrarsi a tutto rischio dell'esegnente, già basterebbe alla censura di un tale sistema. No; in fatto di crediti: quando si tratta non di apprendere cose materiali, ma di *esercitare un'azione*, il *terzo* c'è sempre, e bisogna agire alla maniera del presente capitolo.

Se parliamo di *mobili*, havvi una diversità, che si fa pure sentire in altre combinazioni di questa procedura. Ma neppur qui, a parer mio, è questione di titolo; con quale autorità ricevuta dal proprietario, per quale ragione giuridica, il detentore dei mobili debba risponderne al mio debitore: la questione è semplicemente di detenzione o possesso materiale. *Se i mobili sono in casa del mio debitore*, benchè nel quartiere abitato dall'agente, dal fattore, da qualche altro dipendente, estendendosi il possesso del proprietario a tutta la casa, alle sue adiacenze, all'orto e giardino annesso formanti l'insieme dell'edifizio, i mobili potranno essere pignorati, *tamquam corpora*, indi venduti colla via semplice e spedita del terzo capitolo. Ma se i mobili *sono fuori del possesso e della disponibilità materiale del debitore;* se altri li detiene, sia quale si vuole la causa della detenzione, o il rapporto fra il detentore e lo stesso debitore, non possono pignorarsi che sotto forma di sequestro in mano a terzi; tanto più che il solo possesso *in fatto di mobili*, com'è noto, vale titolo, e impone al pignorante o vendicatore l'obbligo della prova contraria (*).

3. *Crediti pignorabili.*

Premesse queste necessarie distinzioni, ripetiamo che fin qui non si tratta che del modo di procedere.

Si viene ora a parlare della *materia del sequestro.*

È facile a vedere che se il debitore non ha a sua volta un credito verso il terzo, svanisce la materia del sequestro. La esistenza del *credito pignorato* è sempre un problema per l'oppignorante; egli non prende in mano cose palpabili e materiali; egli esercita in certo modo, per gli effetti utili, l'azione del suo debitore, ignorandone fors'anco il fondamento giuridico: il terzo potrà di botto provargli di non aver debito. Sotto questo aspetto adunque nessuna teoria può formarsi. La teoria non può esercitarsi *a priori* che: 1° *intorno al rapporto di debito e di credito che può esistere fra il mio debitore e il terzo, ritenute le condizioni giuridiche che si trovano avere l'uno rimpetto all'altro;* 2° *intorno alla condizione di sequestrabilità che può avere il credito stesso.*

Il tema compreso nel primo capo non ha, si può dire, confini. Bisognerebbe cercare attraverso la infinità delle specie giuridiche quando esista una obbligazione che il sequestrante possa volgere a proprio profitto: ad ogni caso pertanto una teoria. In generale due regole possono stabilirsi, alle quali faremo succedere gli esempi relativi. *Che* il sequestratario sia tenuto di rispondere all'azione di pagamento verso l'oppignorato, che si suppone il suo creditore. *Che* il sequestrante stesso sia fornito di azione attualmente esercibile.

Pendente la tutela si possono forse oppignorare in mano al tutore i crediti dell'amministrazione pupillare? Non vi è rapporto di debito e di credito fra tutore e pupillo prima dell'epoca del rendiconto. Può un creditore del fallimento fare un sequestro in mano del sindaco? Ma le azioni individuali sono entrate nella massa, e il sindaco non amministra che per conto comune.

Parleremo *della condizione di sequestrabilità* con alcune suddistinzioni.

L'esame può farsi sotto diversi aspetti. O il credito è insequestrabile *per sua natura;* tale sarebbe quello degli alimenti, di cui si trattò a suo luogo: o il credito non è sequestrabile *per ragione del debitore;* non si sequestrano, almeno colle forme del Codice, le somme dovute dallo Stato: o finalmente il sequestro si esercita sopra supposti diritti non certi, non liquidi, ma condizionali, eventuali o dipendenti da contestazioni giudiziali.

Su questi bisogna fermarsi un poco, e porre attenzione.

Dichiaro che alcuna di queste osservazioni anticipa sul discorso che dovrà farsi sugli articoli 619 e 620.

(*) Non si deve neppure confondere l'*oppignoramento dei mobili presso terzi*, che suppone la proprietà del debitore, *colla rivendicazione*, che suppone la proprietà dell'esecutore, e di cui si fa ragione nel Tit. IV, cap. I, *Della consegna dei beni mobili.*

Digitized by Google

Ogni diritto, ogni azione che è nel patrimonio del debitore, è pignorabile, purchè cessibile ed alienabile. Così ogni diritto condizionale avente causa nel presente, ogni diritto eventuale suscettivo di estimazione. Sarebbe contro ragione che un'azione, un diritto che rappresenta un valore, e che in effetto è una facoltà economica del debitore, non potesse apprendersi (sotto forma di pignoramento di cose mobili) e vendersi all'asta a soddisfazione del creditore. Ma la materia sequestrabile presso terzi ha dei limiti. È d'uopo che ci sia un debitore del debitore, presente, attuale, tenuto a rispondere del debito. Ne segue che se il mio debitore non ha che un credito condizionale o eventuale, il mio sequestro andrà in dileguo, poichè il terzo risponderà, con ragione, di non essere debitore.

Non così se il debito del sequestratario è certo, benchè la scadenza non sia ancor giunta. È palese che la posizione del sequestratario non è per soffrire la menoma alterazione; egli non pagherà che alla scadenza se il debito è a termine, non pagherà che al verificarsi del termine. L'interesse della questione non riguarda che il creditore sequestrante e l'oppignorato. Se il vincolo del sequestro si estende ai crediti futuri, il primo è favorito di una più lata guarentigia; la posizione del secondo si fa peggiore. Ma non è più controversia dopo le disposizioni degli articoli 619 e 620.

Nelle due prime contingenze è chiaro che il sequestro è nullo; e in ordine alla terza, il sequestro sarebbe vano e privo di effetto; poichè, come si osservò superiormente in tema analogo, non esisterebbe *un terzo* debitore del debitore.

4. *Credito per soddisfacimento del quale si procede alla esecuzione.*

Vista la materia od oggetto del sequestro, si torna, ma per breve tratto, sulla *causa* della esecuzione, ossia sul credito a cui è attribuita questa efficacia, i cui caratteri o requisiti devono essere l'*autenticità del titolo esecutivo*, la *certezza e liquidità*, secondo la regola statuita nell'articolo 568.

Poco resta da aggiungere a quello che si disse intorno al detto articolo.

È noto che in Francia, prima del Codice, erano in uso i sequestri esecutivi per crediti da provarsi *pour causes, moyens et raisons à déduir en temps et lieu;* il che bastava a vincolare al creditore l'esercizio dell'azione, finchè fattosi attore non procacciasse di far respingere la domanda; inconveniente contro il quale alzava il grido una ragionevole critica in Francia, e protestava l'oratore del governo, Réal; onde poi nacque l'ordinamento del Codice nell'articolo 551. Ma è stato pure da noi avvertito, che a questa specie di pignoramento non era punto mestieri un titolo autentico; era sufficiente uno scritto privato; che anzi, senza possedere nè l'uno nè l'altro, valeva per tutto l'*autorizzazione del giudice* (articolo 558). E questa procedeva dalla confusione che si era fatta fra *sequestro esecutivo* e *conservatorio*, onde la istituzione mescolata di siffatti elementi emergeva poco distinta persino nelle dottrine. L'articolo 551 aveva subito una modificazione, che sembrava distruggerlo; modificazione che del resto era necessaria a voler congiungere in un solo regolamento sì diversi istituti. Bisogna convenirne; l'idea si è chiarita nelle seguenti applicazioni, sì per la più netta separazione delle due forme di sequestro, e sì per aver dato a condizione del sequestro conservatorio il *fatto del pericolo* (art. 924), onde gli è fornito il suo vero carattere.

Secondo quel sistema, che continuava però a ritenere la necessità di *un credito certo e liquido*, il criterio della certezza non poteva essere desunto che dalla qualità e natura stessa del credito, anzichè dal suo stato estrinseco (*), talmente che ogni specie che si presentava alla discussione reclamava un criterio di certezza particolare e proprio, dipendente dal suo modo di essere e dalle circostanze. Correva, è vero, qualche massima che sembrava tener luogo di principii; così soleva dirsi: *credito certo esser quello che è incontestabile, quantunque possa essere contestato* (**); ma in fatto l'emistichio non era molto risolvente in pratica: valga fra le altre la tesi tanto agitata *se il credito risultante da una sentenza appellata* potesse far diritto al sequestro. Sebbene la comune opinione respingesse un pignoramento poggiato a sì dubbio titolo, tuttavia non manca qualche voto autorevole che concede al giudice la esorbitante facoltà di scandagliare attraverso l'appello la giustizia della pretesa, e in ragione di essa permettere il sequestro (Roger, n° 66; Chauveau, quest. 1928). Tanto nell'ordinamento francese è vaga quella che nonostante si vuol chiamare *certezza del credito!*

Quanto a noi, fondamento del *pignoramento*

(*) Mi spiegherò un po' più avanti.
(**) Roger, n° 54. Il giudice autorizzante doveva *persuadersi della incontestabilità*, ossia della inutilità delle opposizioni che fossero per elevarsi contro quel credito; poco importando del resto che delle opposizioni venissero fatte.

presso terzi essendo il *titolo spedito in forma esecutiva*, la certezza del credito, in ordine alla *causa*, è assicurata; comunque lo stato del credito possa presentare dubbiezza o per la sua illiquidità o per le eccezioni che sia ancora costretto a sostenere (*).

Di codesto stato specifico d'illiquidità, delle opposizioni che possono ancora farvi contrasto, si discorse all'articolo 568, ove s'insedia la regola. Pare se ne sia detto quanto può richiedersi nella sobrietà che ci è prefissa. Ricordo soltanto al completo confronto dei due sistemi che, nel francese, se l'autorizzazione del giudice non indietreggia per la formale contestazione del credito, meno si sgomenta per la illiquidità, nonostante la quale è nell'arbitrio di lui concedere il sequestro (ROGER, n° 104).

5. *Del sequestro sopra se stesso.*

Un debitore che nello stesso tempo è creditore del suo debitore, *può fare un sequestro nelle proprie mani*, con o senza il permesso del giudice? (sistema francese).

ROGER ha detto: « Cette question est une « des plus controverses ». Noi però la trascorreremo rapidamente, al solo fine di mettere ancora in rilievo la diversità dei sistemi e cavarne qualche utile osservazione a meglio comprendere il nostro.

Il quesito suppone la *liquidità del debito* e la *illiquidità del credito*, mentre, se debito e credito fossero liquidi amendue, nascerebbe la compensazione *ipso jure*, e la questione sarebbe finita. Che il possessore del credito non liquido (ma che riteniamo senza grave difficoltà liquidabile) abbia un interesse in questa manovra, si argomenta da ciò che, vincolando il credito di Tizio suo creditore al proprio, impedisce che sia ceduto, impedisce ch'egli eserciti prontamente la sua azione, ed egli si mette in grado di fare intanto liquidare il proprio credito, e venir maturando la eccezione della compensazione (**).

Una prima eccezione si è tratta dall'ordine della procedura, eccezione prediletta specialmente dal BERRIAT, che non vede possibile l'applicazione del metodo del Codice dove non esista un terzo debitore ma si tratti di operare sopra se stesso.

Dirò che tale eccezione di forma sembra essere stata dissipata. La confusione di persona è tolta moralmente dalla separazione degli interessi. D'altronde se il debitore non potesse vincolare in mano propria la somma, gli sarebbe fatta una condizione deteriore a quella di ogni altro creditore che può pignorare gli effetti del suo debitore in mano al terzo, debitore di lui.

Il CARRÉ vuol mostrare che questa obbiezione non è vera. E ragiona così: « Ou la « créance et la dette sont liquides, ou elles ne « le sont pas. Dans le premier cas, on se fait « compensation par la seule force de la loi « entre la créance et la dette, jusque à con- « currence s'il n'y a point en de saisie-arrêt « ou d'opposition de la part d'un autre créan- « cier du saisi. Dans le second cas, si le tiers « saisi est débiteur, il faut que se hâte de la « faire liquider. Si d'autres créanciers du « saisi demandent de ce qu'il doit dans l'ins- « tance en validité, il fournira cette déclara- « tion, mais il établira en même temps, ou « par un incident séparé, le fondement de sa « créance. La saisie et les autres créanciers « l'avoueront ou le contesteront. S'ils l'avouent, « tout sera terminé; si le saisi paye d'une « main, de l'autre il prendra part à la distri- « bution. Si la créance est contestée, le tri- « bunal prononcera; si la créance est privi- « légiée, il fera valoir son privilège; si elle est « primée par les privilèges d'autres créanciers, « il en souffrira, mais c'est inévitable. *On ne « saura donc admettre qu'en mettant une sai- « sie-arrêt sur soi, celui qui est tout à-la-fois « débiteur et créancier, mais créancier d'une « somme non liquide*, et qui ne peut pas par « cette raison se compenser de plein droit, « *puisse par cette formalité exclure les autres « créanciers de venir réclamer la distribution « de ce qu'il doit. A quoi peut donc servir au- « jourd'hui une saisie sur soi?* » (Nota all'articolo 538).

Il CARRÉ pone queste proposizioni: se il credito è liquido, il debitore è liberato per via di compensazione; se il credito è illiquido, potrà farlo liquidare onde resistere nel concorso ad altri creditori; e infine, sequestro o no, la sua condizione rimane la stessa sì rimpetto al debitore, che agli altri creditori.

In ordine alla legislazione il sequestro sopra se stesso, nelle condizioni del quesito storicamente esaminato, non è possibile; in condizioni diverse sarebbe inutile.

Perchè *non è possibile?* Perchè nella nostra ipotesi, che Caio sia debitore liquido e certo di

(*) La *causa del credito* è ciò che vi ha d'intrinseco e d'essenziale. La *illiquidità* non concerne che la quantità; le eccezioni che si possono opporre, come quelle di pagamento o di compensazione, non fanno che confermare la originale sussistenza del credito.

(**) Che nella ipotesi si presume fondata in causa anteriore. *V.* ANNOTAZIONI all'art. 612, n° 2.

Tizio, nello stesso tempo che è creditor suo ma incerto ed illiquido, non potrà mai per questo suo credito praticare pignoramento nè sopra di sè, nè sopra altri mancando di titolo esecutivo.

Sarebbe poi *inutile*. In altri termini, egli assegue lo stesso vantaggio difendendosi dal debito in via di eccezione. È liquido il suo credito? La compensazione è di diritto. È illiquido? Se provato in genere, se non difficilmente liquidabile, potrà ottenere convenienti riguardi dalla equità del giudice, secondo le circostanze; è un credito ipotetico, contestato, di laboriosa dimostrazione? Nulla gli varrebbe perchè intanto non dovesse soddisfare il debito liquido e certo.

6. *Come il pignoramento delle somme ed effetti in mano del terzo sia fondato nell'azione personale del debitore.*

Se il mio debitore non può esercitare azione personale contro il terzo, io pure mancherò di azione agli effetti dell'indicato pignoramento, Perchè io tendo a surrogarmi nel posto del mio debitore; io ne esercito i diritti quasi per una cessione tacita delle sue ragioni nascente dal dovere di adempiere alla sua obbligazione; e in tanto io posso sperare soddisfazione dal terzo, in quanto egli sia veramente debitore del mio debitore.

Ne segue che se il mio debitore abbia *non azione personale ma reale* contro il terzo, perchè possessore di uno stabile a suo favore ipotecato, egli non potrebbe pignorare le somme dovute dal debitori di questo terzo; e quindi neppur lo potrei eseguire un pignoramento di questa sorta.

Condotti dall'ordine del discorso in così serio argomento, consideriamolo un momento dal suo lato più semplice, dal lato cioè del creditore immediato.

a) Il creditore ipotecario non può pignorare le somme dovute dagli affittuarii, per es., del terzo possessore del fondo. Egli non può che istituire l'azione ipotecaria a termini di legge. Solamente risoluta la ipoteca e realizzata sul prezzo, conseguita utile collocazione, e non volendo usare del diritto della rivendita (articolo 718), il creditore può pignorare le somme dovute dai debitori dell'aggiudicatario (Corte di Colmar, 26 febbraio 1851; Cassazione francese, 16 maggio 1854, Roger, n° 124). L'aggiudicatario è divenuto *debitore personale*.

b) Il *fideiussore*, non solidale, può respingere il sequestro praticato sopra di lui dal creditore finchè il debitore non si opponga al pagamento del debito. Ma giunta la scadenza, e resistendo costui alla obbligazione, il creditore (che noi supponiamo munito di titolo esecutivo in forza di atto pubblico) può colpire di sequestro il fideiussore; sequestro che rimane provvisoriamente valido, quantunque possa il fideiussore costringere il sequestrante alla escussione del debitor principale (Dalloz, *Répert.*, v° *Cautionnement*, n° 178 e 179, e Roger, n° 125). La Corte di Bordeaux decise in questo senso a favore del cessionario di un credito che aveva stipulato un ricorso in garanzia contro il cedente (9 luglio 1813, Bioche, *Dictionnaire*, v° *Saisie-arrêt*, n° 18). Decise invece la Corte di Lione (1° giugno 1844) che il sequestro non poteva così prococemente praticarsi a carico del fideiussore che aveva espressamente stipulato il beneficio della escussione del debitor principale.

Secondo la nostra legislazione, più severa in fatto di pignoramento, crederei doversi rispettare il diritto del fideiussore semplice (articolo 1907 del Codice civile); per conseguenza non potersi pignorare prima di averlo diffidato, onde gli sia dato campo ad esercitare il diritto di opposizione ch'egli ripete dal seguente articolo 1908. Il precetto che dev'essere notificato prima di ogni esecuzione (articolo 562 della procedura) varrebbe appunto codesta diffidazione; cosicchè possedendo il creditore titolo esecutivo potrebbe pignorare i mobili o le somme dello stesso fideiussore che in congruo intervallo non avesse fatta la opposizione adempiendo alla prescrizione dell'articolo 1909 dello stesso Codice civile.

7. *Se si possa esercire pignoramento* (sequestro) *a carico di un quarto.*

Primo, creditore di Secondo, pignora in mano di Terzo le somme a costui dovute. Ma non basta. Trovando che Quarto è debitore di Terzo, estende a lui il pignoramento. Ecco cosa dice a questo proposito il Pigeau, la cui opinione io adotto: « Non seulement je puis « arrêter sur mon débiteur, mais je le puis « sur débiteur de mon débiteur. Ainsi, après « avoir arrêté entre les mains du tiers saisi, « je puis, *si sa dette est exigible, saisir arrêter « sur lui entre les mains de son débiteur.* Car « mon débiteur ayant ce droit, je puis l'exer- « cer, après l'article 1164 du Code napolitain, « en observant, bien entendu, les formalités « qu'observerait mon débiteur, créditeur im- « médiat » (*Comment.*, tom. II, pag. 454).

II.

Osservazioni speciali sull'articolo 611.

1. Le combinate disposizioni degli articoli 562, 563 e 577 dànno le norme del *precetto*

che deve farsi al *debitore*: l'atto descritto nell'art. 611, dedicato alla cognizione del *terzo*, obbliga il creditore a ripetere alcune delle enunciative già risultanti dallo stesso precetto, ed anche a qualche nuova formalità.

2. *Indicazione delle somme e dei mobili.*

Si noti che la legge non ingiunge punto indicare per quale titolo il terzo sia debitore. Noi possiamo bene ignorare i precisi rapporti di debito e di credito che esistono fra il nostro debitore e un terzo. Il Regolamento romano (§ 1207) esentava il sequestrante anche dalla enunciazione generica; che infine si riduce ad una opinativa, ad una credenza che non ha il menomo valore a fronte della dichiarazione che sarà per fare il sequestratario. Sembra essersi voluto in qualche modo prevenire le intimazioni troppo azzardate e capricciose. Si è fatto dello imbarazzo: niente altro. *Mobili in genere.* Dividendosi i mobili in molte specie, s'intende che io possa additare piuttosto dei quadri, delle biancherie, degli ori e delle gemme, che del vino, del grano, delle pecore e dei cavalli. Ma *somme in genere* non posso enunciare che senza indicazione nè di quantità nè di causa; somme qualunque. La formalità che si esige in questo *numero* potrà facilmente eludersi con una di quelle clausole abbondanti che si maneggiano così bene dai pratici. Non ammetterei veruna *procedura preliminare* per avere dal terzo una dichiarazione anticipata; avvegnachè suggerita dal CARRÉ, dal PIGEAU, e anche da SCIALOJA (*Commentario*, vol. V, part. I, n° 578).

3. *Elezione o dichiarazione del domicilio.*

Se già è stato eletto nel precetto (art. 563) non occorre più che la *dichiarazione*. Si può osservare che questo articolo provvede alla esecuzione diretta sui mobili dei debitori, mentre il *terzo* potrebbe vivere in ben lontano paese; ma è evidente, sì per lo spirito che per le parole della legge (detto articolo 563, capoverso 1°) che il creditore deve situarsi in luogo comodo a coloro a carico dei quali si opera la esecuzione. Ivi è detto chiaramente *che il domicilio si elegge nel comune in cui deve procedersi*, o *in quello in cui ha sede la pretura nella cui giurisdizione si trova quel Comune* (perchè una pretura può comprendere più Comuni). E dov'è che si procede se non nel luogo dove abita il terzo, che si percuote con una vera e propria azione personale, per una surrogazione o cessione tacita del suo creditore diretto? E ciò sta in evidente relazione col disposto del n° 6 dell'articolo. Perciò, ove nel n° 4 si dice *elezione* o *dichiarazione di domicilio e residenza*, intendi *dichiarazione*, ossia conferma del domicilio e residenza naturale, ovvero del domicilio eletto nel precetto, *se è nello stesso Comune;* se no, convien fare una nuova elezione.

4. *Delle nullità che possono seguire dalle trasgressioni dell'articolo* 611.

L'osservanza non è guarentita da sanzione di nullità. Ma è fuor di dubbio che fra le forme più o meno caratteristiche dell'atto ve ne ha, e sono la maggior parte, di essenziali e indeclinabili: e sono quelle senza cui pignoramento in mano al terzo non si effettua. Imperocchè trattandosi di creare un vincolo, e in effetto una obbligazione nuova nel terzo, vincolo che nello stesso tempo si estende, si allarga, anche ad altri creditori che vengono a risentirne come il contraccolpo nell'esercizio delle rispettive azioni, d'uopo è che l'atto comprenda *tutto quel complesso di cognizioni e di ingiunzioni* che sono necessarie a costituirlo.

L'interesse di opporre la nullità può esser vario, se guardisi il debitore o il terzo; il CHAUVEAU pone la questione in questi termini: « Parmi les formalités de saisie-arrêt, les unes « sont intrinsèques, relatives au fond et cons- « titutives en quelque sorte de saisie-arrêt; « *celles-là intéressent également le débiteur et le* « *tiers saisi.* Si elles n'ont pas été observées, « le débiteur peut s'en prévaloir pour faire « lever l'obstacle qui s'oppose à la rentrée de « ses fonds; le tiers saisi le peut aussi pour « justifier les payements qu'il aurait faits mal- « gré l'opposition... mais d'*autres formalités* « *sont extrinsèques*, c'est-à-dire qu'elles sont « uniquement introduites pour donner de l'au- « tenticité au fait dont l'exploit est la contes- « tation, pour établir d'une manière certaine « que le tiers saisi a reçu l'avertissement qui « doit lui lier les mains. Telle est la remise « aux personnes au domicile; telles sont, en « général, les formalités communes à tous les « exploits dont l'observation est requise dans « ceux de saisie-arrêt » (quest. 1939 bis). Dalla quale separazione, e nel fatto delle formalità e nel modo di considerarle, si deduce da qualche scrittore (ROGER, n° 382) che il terzo solamente, come ha l'interesse, così ha il diritto di opporre la nullità che riguarda la notificazione dell'atto.

Osservo di passaggio che due diverse maniere di eccezioni conducenti all'annullamento dell'atto, e amendue personali e relative, possono concepirsi. Un atto può essere nullo o inattendibile per una parte, e non per l'altra, in quanto o la formalità trasgredita sia stata creata *per il solo favore e in contemplazione di una di esse*, o in quanto la eccezione sorga

non dall'atto stesso, ma *piuttosto da qualità personali delle parti*, che nella loro speciale condizione hanno diritto di non riconoscerlo. La irregolarità della notifica di una citazione sarebbe eccezione *de jure tertii*, quando non si allegasse da colui che sarebbe stato irregolarmente notiziato, e che può anche rinunziarvi. Esempio della seconda ipotesi può esser questa, che un minore, fatto maggiore, abbia diritto proprio ed esclusivo di allegare la nullità di una citazione che gli fu spedita nel tempo della sua minorità.

Il CHAUVEAU dopo avere enunciate quelle distinzioni colle parole da noi trascritte, conclude diversamente dal ROGER, e crede che il debitore abbia diritto di opporre ogni nullità, *attesochè ne ha l'interesse.*

Il *diritto dell'interesse*, mi si permetta questa formola nuova, non è sempre ben definito dagli scrittori di cose giudiziarie. L'interesse *è condizione dell'azione*, in quanto senza interesse non si ha azione, ma l'interesse non è quello che produce l'azione: replico, esso ne è solamente la condizione (*). È vero, il debitore ha interesse nell'annullamento dell'atto sequestrativo per una ragione qualunque; ha interesse di opporre che la notifica fatta al sequestratario è irregolare, perchè non eseguita al suo vero domicilio e simili, ma se hanno l'interesse, non hanno il diritto (**).

Il terzo sequestratario o pignorato può dedurre questa speciale nullità che lo riguarda, purchè non sanata, secondo gli art. 190, 191.

Ma rispetto alle formalità che il CHAUVEAU chiamava *intrinseche*, non avrà il terzo diritto di opporne le trasgressioni? Gli autori rispondono del no, dal caso in fuori che il terzo non abbia fatto dei pagamenti, e perciò abbia acquistato interesse a distruggere l'atto sequestrativo al quale avrebbe contravvenuto (ROGER, n° 383; CHAUVEAU, quest. suddetta; SCIALOJA, *Commentario al Codice sardo*, vol. 5, part. 1, n° 587).

Io ho in qualche nota superiore toccato della singolare posizione in cui potrebbe trovarsi il terzo sequestratario che fosse nello stesso tempo debitore e creditore del debitore pignorato. Senza dubbio in questo caso dovrebbe considerarsi come altro concreditore pignorante od opponente; e tutte le eccezioni di nullità gli sarebbero aperte. Convengo che mero depositario o detentore della materia pignorabile (come sarebbe altrimenti?) non viene ammesso ad eccepire trasgressioni e violazioni *che non fossero per influire sulla sua posizione medesima*; e in questo senso credo doversi modificare la teoria comune.

Mi spiego. L'attore non ha dichiarato il suo domicilio, non lo ha enunciato nell'atto di pignoramento. Se contestazioni possono sorgere fra lui e l'oppignorante (art. 614), come non avrà diritto il terzo di opporre la mancanza di un fatto, per la quale mancanza deve sottostare a quegl'incomodi e spese che la legge ha voluto evitare mediante la elezione di domicilio?

Se non che io reputo che per questo difetto l'atto non possa dichiararsi nullo e inefficace; il vincolo del sequestro sarebbe contratto; ma il terzo respingerebbe la domanda del sequestrante, e non sarebbe obbligato a rispondergli finchè non avesse a questo suo dovere adempito.

Articolo 612.

Dal giorno della notificazione dell'atto suddetto, il terzo, per gli oggetti mobili che presso di lui si trovano o per le somme da lui dovute, è soggetto a tutti gli obblighi dalla legge imposti ai depositari e sequestratari giudiziali.

Annotazioni.

Effetti dell'atto di pignoramento regolarmente notificato al terzo.

1. *Del vincolo in generale prodotto dal sequestro.*

Gli obblighi dei sequestratarii e depositarii giudiziali sono dichiarati nella Sezione III, Capo II, Titolo XVIII, Libro III del Codice civile. Primo dovere del sequestratario è di

(*) Che io abbia interesse di far passare nel mio patrimonio la proprietà di un altro, si dimostra da sè; ma sta a vedere se io ne abbia il diritto.

(**) Quindi accettiamo la dottrina del ROGER, meno la formola. « Cette nullité n'existe que dans l'intérêt du « tiers saisi seul, et nous ne voyons pas pourquoi le « saisi pourrait la relever, lorsque le tiers ne l'invoque « point. » È vero che l'interesse di una regolare ed esatta notificazione è solo del terzo; al debitore però non può negarsi l'interesse di fare cader l'atto e sciogliere il sequestro. Perchè questo interesse del debitore sarebbe meno attendibile che quello del terzo? *Egli è perchè il primo soltanto è contemplato dalla legge*, che si dice ottimamente essere scritta a favore del citando.

guardare le cose mobili e le somme dovute, tenendole a disposizione della giustizia (*V.* l'articolo 1244 del Codice suddetto).

E non potrebbe tampoco pagare quello che risultasse *eccedere la entità del sequestro*, poichè, come avverte giustamente ROGER (n° 428), si esporrebbe a dover indennizzare il pignorante di quanto dovrebbe perdere nella concorrenza di altri creditori (*).

Così il terzo si trova, per usar questa parola, interdetto; non può pagare il proprio creditore, e non può pagare l'oppignorante che vuol subentrargli, salvo un accordo o delegazione.

Ciò rapporto al terzo. Il debitore pignorato è stretto egli pure dal vincolo; dal momento che gli è notificata la citazione secondo il precedente articolo, n° 6, non può più disporre dei suoi mobili o dei suoi crediti; non può più riceverne il pagamento dal debitore, o transigere con lui.

Ed è massima indubitata ove si tratti di *causa volontaria*, essendo questo per lo appunto l'effetto puro e semplice del sequestro, ma si limita e restringe di fronte ad una *causa necessaria*. Se il credito subisce diminuzione per causa anteriore, inevitabile e operante per se stessa, col verificarsi, per esempio, di un avvenimento preveduto; se il debitore cade in fallimento, e sia mestieri accettare la legge di un concordato.

2. *Della eccezione di compensazione nel sequestratario, prima o dopo il sequestro.*

Se il terzo sequestratario possa giovarsi della eccezione liberatoria *di compensazione*, è materia dell'articolo 1294 del Codice civile. « La compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che essendo debitore divenne creditore *dopo il sequestro fatto appresso di sè a favore di un terzo*, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro. » Se i termini della compensazione si fossero già avverati *anteriormente al sequestro*, è manifesto che il sequestratario non avrebbe debito, sarebbe stato liberato per forza di diritto, quantunque la eccezione non fosse ancora stata dedotta nè autorizzata da sentenza di giudice.

La teoria che si svolge dall'articolo 1294 è ben chiara sul punto che non sia lecito al sequestratario di fabbricarsi con volontarie acquisizioni titoli compensativi onde eludere la legge; ma ove dopo il sequestro, e prima del pagamento, sopraggiungano al sequestratario diritti inalienabili di compensazione, la questione considerata coi principii generali dell'equità e della giustizia, potrebbe diventar seria, se il citato articolo 1294 non fosse là inesorabile per troncare ogni questione.

Nondimeno, insegnava il PIGEAU, seguito indi dal ROGER (n° 444, 445), e credo da tutti gli altri scrittori, che il sequestratario divenuto creditore per *causa necessaria* (**) ha diritto di concorrere sul prezzo dei mobili o sul valore del credito, come qualunque altro creditore.

3. *Delle cessioni fatte dal debitore sequestrato, prima o dopo il sequestro.*

È inutile parlare delle cessioni posteriori. Quanto alle anteriori, si ritiene dalla comune degli scrittori che qualora la cessione non sia ancora perfetta per mancanza di notificazione (articolo 1539) resti paralizzata dal sequestro (PIGEAU, *Proc. civ.*, art. 111, ch. *saisi-arrêt;* BOITARD e CHAUVEAU, all'art. 579, ecc.).

Se le notificazioni del sequestro e della cessione sono avvenute *nello stesso giorno*, il ROGER consiglia di osservare primieramente se negli atti rispettivi sia notata l'ora in cui la notifica fu eseguita. Se no, vi ha concorso di data, e il credito va diviso per contributo (n° 214; BIOCHE, *Dictionn.*, v° *Saisie-arrêt*, n° 237; DALLOZ, *Répertoire*, n° 433). Qualche tribunale (Corte di Grenoble, 30 dicembre 1837) ha giudicato che la prova dell'anteriorità possa farsi eziandio per testimonii, alla quale sentenza si accosta lo stesso ROGER col DALLOZ (***).

4. *Del sequestro o pignoramento sul terzo per gli effetti della prescrizione.*

Un precetto o atto di sequestro « intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione » la interrompe (articolo 2125 del Codice civile). Il terzo, debitore del debitore, già in prossimità di prescrizione, potrebbe per avventura opporre che partendo l'atto di sequestro non dal suo creditore, ma da un terzo quale si è pignorante, col quale non è legato da verun rapporto giuridico, non

(*) *V.* l'articolo 613, annotazione seconda, rapporto al diritto del cessionario.

(**) Intendiamoci bene su questa nozione. Diciamo *causa necessaria* quella che si potrebbe bensì per noi rifiutare (poichè si tratta ognora di un diritto), ma il cui acquisto non dipese dalla nostra iniziativa e da un proposito diretto all'acquisto medesimo. Se, per esempio, mi arriva un'eredità, sempre gradita, ma che io per certo non mi sono procurata, e così divento creditore del debitore sequestrato, debbo essere considerato come creditore *ex causa necessaria e senza frode*, e sarò ammesso nel convito dei creditori.

(***) Questi cenni si collegano con una vasta controversia, che veniamo ad esaminare alla Annotazione seconda dell'articolo seguente.

può produrre quell'effetto. L'obbiezione è stata preveduta e la respinge il ROGER (n° 451) sul riflesso che il pignorante agisce nel nome e come tacitamente surrogato nei diritti del creditore. Ogni volta che la citazione è valida, cioè non viziata nella forma, non eseguita da ufficiale incompetente (articolo 2128 del Codice civile), ma cadesse per altre ragioni il pignoramento, e con esso e per conseguenza la citazione medesima, la prescrizione non sarebbe meno interrotta in pregiudizio del sequestratario.

5. *Degl'interessi.*

La domanda giudiziale, rappresentando la costituzione in mora per eccellenza, fa decorrere gl'interessi (articolo 1232 del Codice civile); non produce però quest'effetto l'atto di pignoramento a carico del terzo, e neppure la citazione ordinata dall'articolo 611, poichè non equivale ad una domanda giudiziale di pagamento, essendo il suo semplice e naturale intento quello di vincolare il credito e di astringere il terzo-debitore a farne la dichiarazione. Dalla domanda di assegnamento che farà il pignorante, *essendo quella la diretta domanda di pagamento*, gl'interessi legali dovranno decorrere (bisogna notarlo), per aumentare la materia del pegno, e non a vantaggio puramente personale del creditore pignorante che misura i proprii diritti sugl'interessi dagli atti giudiziali eseguiti al proprio creditore diretto (*).

Articolo 613.

La dichiarazione del terzo, trattandosi di mobili, deve contenere una indicazione specifica dei medesimi, esprimere la causa per cui si trovano presso di lui, e, trattandosi di somme dovute, la causa e l'importare del debito, i pagamenti fatti a conto, il tempo della esigibilità, l'atto e la causa della liberazione se il credito si pretenda estinto, e, a riguardo dei censi e rendite, sia perpetue sia temporarie, il loro importare coll'enunciazione del capitale, se risulti dall'atto costitutivo di essi, e la situazione dei beni immobili che ne siano gravati.

In ogni caso il terzo deve enunciare qualunque pignoramento, sequestro, od opposizione precedentemente fatti presso di lui, indicando il nome e cognome, l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza degli altri pignoranti, sequestranti, od opponenti, e i loro titoli esecutivi.

Il creditore deve far notificare il suo atto di pignoramento ai precedenti pignoranti, sequestranti, od opponenti.

Annotazioni.

1. La citazione, opportunamente ordinata dall'articolo 611, che comprende eziandio il debitore, è molto migliore e più efficace guarentigia che le alternate intimazioni, in altri Codici prescritte; il debitore è portato immediatamente sopra un campo di contestazioni in cui potrà proporre ogni sua difesa contro l'atto di pignoramento. Del resto il giudice, se ha per valido il pignoramento, non fa che assegnare al terzo un congruo termine a fare la sua dichiarazione; presentandosi il terzo, nelle cause minori segnatamente, potrà il giudice imporgli la dichiarazione alla udienza medesima, eccettochè il terzo deduca ragioni per ottenere un differimento (**).

2. **Questione.** — *Se il pignoramento eseguito a carico del terzo vincoli tutta la somma da lui dovuta, quantunque di molto superiore al credito per cui si è proceduto al sequestro, in guisa che il debitore pignorato non possa disporre del di più nè in via di cessione, nè in altro modo.*

Chi volesse passare in rivista i varii sistemi che furono disputati nelle pagine degli scrittori e nelle sentenze dei tribunali, dovrebbe fare un discorso assai lungo; questioni del

(*) Gl'interessi del debito del *debitore principale* decorrono (per l'ordinario) dalla lite a lui mossa dal creditore; gl'interessi del debito del sequestratario *a profitto del pegno*, e quindi della massa, se occorre, decorrono dal punto indicato.

(**) Rammento che il procedimento è sommario (articolo 573, e che non è luogo ad opposizione dalle sentenze contumaciali (articolo 574).

resto di cui ognuno potrà farsi un'idea precisa percorrendo quei lavori celebri (*), questioni, io mi permetto aggiungere, che non sono poi di molta difficoltà, vedute al lume dei veri principii.

Bisogna primieramente ridurre il quesito ad una forma più concreta. La ipotesi è la seguente. Tizio che ha un credito verso Caio, lo cede a Sempronio. Questi fa notificare la cessione al debitore, ma trova che uno o più creditori di Tizio avevano fatto sequestro su quella somma, in quantità per altro minore dell'ammontare totale del credito. Dopo la notifica della cessione, prima che Caio abbia pagato il di più, vengono altri creditori a fare dei sequestri.

Che la cessione rimanga inefficace sino alla concorrenza dei crediti per i quali fu eseguito sequestro *prima della cessione*, è un punto pressochè fuori di contesa; ma il dubbio forte cade sul diritto che possano avere i creditori *sequestranti od opponenti dopo la cessione*, essendo chiaro che il loro concorso, dannoso agli altri creditori non meno che al cessionario, implicherebbe la indisponibilità del proprietario del credito di qualsivoglia somma o capitale superiore eziandio di gran lunga a quella parte che fu colpita da sequestro.

Tutte le combinazioni che possono formarsi nel giuoco di quei pochi dati posti in ipotesi, sono comparse in autorevoli dottrine come altrettanti sistemi.

Ciò che bisogna solidamente stabilire si è, se il proprietario di un credito colpito da sequestri possa farne cessione senza pregiudizio, ben inteso, dei creditori che hanno operato il sequestro; poichè, così essendo le cose, è manifesto che nuovi sequestranti posteriori alla cessione non avrebbero più voce dacchè sarebbe mancato l'oggetto del sequestro.

Autori dei quali io seguo l'opinione, come il CHAUVEAU, sono partiti da un altro punto, e hanno voluto provare in principio che il proprietario del credito, dal momento che ha subito un sequestro per qualsivoglia tenue somma, è colpito d'indisponibilità rapporto a tutto il credito, per quanto superiore all'importare del sequestro (**). Indi sono venuti ricercando i limiti di codesta *indisponibilità*, così generalmente affermata, che vogliono chiamare non *assoluta*, ma *relativa*, non esistendo che nel solo interesse dei sequestranti anteriori alla cessione. Io reputo invece che si debba prender le mosse dal principio della disponibilità, ossia dall'esercizio libero del diritto di proprietà in tutto quanto non sia limitato da altri diritti già messi in azione; e allora la formola sarebbe che *il proprietario del credito, soggetto a sequestro, può sempre disporne, se si tratti di somma eccedente, purchè ciò sia senza pregiudizio dei diritti del sequestrante.* Nella quale formola si adagia comodamente il diritto che ha il cedente di soddisfare il sequestrante o col proprii danari, o mediante delegazione e mandato al cessionario, laddove supposta in origine la indisponibilità, non si può senza sforzo ragionare che, per il pagamento seguito, egli abbia riacquistata una disponibilità che avesse perduta.

D'altronde male si prova codesta indisponibilità. I due testi allegabili anche nella nostra legislazione, ciò sono l'articolo 244 del Codice civile e l'articolo 611 della procedura, darebbero piuttosto argomento al partito opposto, che non ha mancato infatti di invocare le consimili disposizioni della legislazione francese. Quello inibisce al debitore di pagare il creditore, e l'obbliga a pagare di nuovo, quando non abbia tenuto conto dei sequestri od opposizioni che si erano praticati sulla somma da lui dovuta. L'articolo 611 impone al sequestratario l'obbligo di enunciare la somma per cui si procede al sequestro, che invero determina l'efficacia di esso sequestro, e allontana la idea di un pignoramento esteso alla totalità della somma.

Del resto l'articolo 1244 è più che sufficiente a comprovare che i diritti dei sequestranti od opponenti devono essere rispettati e salvi, e ad essi la cessione non può fare pregiudizio alcuno. Così con un diverso metodo logico veniamo in effetto ad incontrarci allo stesso punto.

Discende da questa proposizione così semplice e vera, che i diritti dei creditori sequestranti, insieme cumulati, anche per gli accessorii d'interessi e spese, potrebbero rendere inutile la cessione in quella parte che tendesse a restringere la loro intera realizzazione; e solo il di più ricadrebbe a favore del cessionario.

Si è creduto da molti che l'atto di cessione

(*) DALLOZ, *Répert.*, v° *Saisie-arrêt*, n° 426, ecc., *Recueil*, 1851; TROPLONG, *De la vente*, l. II, n° 207; DELVINCOURT, tom. II, pag. 756; DURANTON, tom. XVI, n° 501; CARRÉ, quest. 1952; CHAUVEAU, ivi; ROGER, n° 247, 248, 248 bis, 249, 249 bis, 250, 250 bis, 250 ter, 251, 251 bis, 251 ter, ecc., che esamina sino a sette sistemi diversi: *Commentario al Codice sardo* del 1854, n° DXCVI e segg.; ZACHARIÆ, tom. II, pag. 556; MOURLON; MARCADÉ, tom. VI, pag. 257, ecc.

(**) « Ainsi nous croyons, egli dice, avoir démontré (or ora vedremo come) que la saisie-arrêt *frappe d'indisponibilité la totalité des sommes saisies.*

e la notificazione successiva (senza cui non si avrebbe cessione perfetta) costituisse il cessionario come altro creditore opponente, onde avere il diritto di concorrere coi pignoranti anteriori. Io propongo alcune distinzioni.

O questo cessionario che vuol venire in concorrenza coi creditori pignoranti è fornito di un credito, distinto dall'atto di cessione, credo benissimo che la sua ingiunzione possa valere come un altro sequestro, o almeno come una opposizione. E allora, disturbato com'è dai sequestri che trova in corso, potrà dividere per contributo la somma; il quale diritto di concorrere compete sempre al cessionario, *non come tale*, ma come creditore, anche coll'effetto di rendere incompleta la soddisfazione dei creditori sequestranti, ogni volta che non gli resti tanto da soddisfarsi sulla eccedenza, o questa non bastasse alla soddisfazione di tutti i crediti. Ma se non presenta che l'atto di cessione, non potrà concorrere; poichè l'atto di cessione puro e semplice rappresenterebbe una disposizione arbitraria del creditore.

Quanto ai *sequestranti posteriori*, io ritengo non avere diritto alcuno, eccettochè non si dimostrasse patentemente che vi ebbe frode e dolosa collusione fra cedente e cessionario.

Per conseguenza, se dopo il pignoramento il debitore paga e lo risolve, lo stesso pignorante receda spontaneo, o la esecuzione sia annullata, il cessionario non dovrà dividere con alcuno il profitto che ne risulta, ma sarà interamente suo.

Può venir caso che dei creditori opponenti appariscano fra la notifica della cessione e la dichiarazione ingiunta dal presente articolo. È certo che il sequestratario dovrà tuttavia emettere la sua dichiarazione; e quantunque di ciò non disponga l'articolo, dovrà in essa enunciare l'atto di cessione. È però da osservarsi che l'*anteriorità* o *posteriorità* delle opposizioni per l'effetto del diritto di compartecipazione che ne consegue, non si misura dal tempo in cui è fatta la dichiarazione del sequestratario. Non è attributivo di diritti un atto meramente dichiarativo, e noi dobbiamo avere una regola, un criterio logico per calcolare il tempo, fattore potentissimo di diritti: e non possiamo averne altro che *la notifica della cessione che chiude l'adito ai pignoranti od opponenti successivi.*

A completare la teoria resta un'ultima osservazione. Ed è, che tutto quello che sin qui si è discorso, concerne la *cessione onerosa* (vera, non apparente, e senza frode), non la *cessione a titolo lucrativo* o *donazione.* Il donatario deve ritenersi come subentrato nelle obbligazioni del debitore originario; laonde sino alla consumazione, cioè sino all'effettivo pagamento eseguito di ogni restanza dal terzo debitore, la somma presso lui esistente sarà passiva di ulteriori sequestrazioni.

3. *Se il terzo dichiarante, e che si enuncia liberato, debba anche giustificare con documento l'asserta liberazione.*

Pei termini della nostra legge (diversa dalla francese) deve bastare l'indicazione; il sequestratario dovrà farne la prova quando sia impugnata. (Così anche SCIALOJA, *Commentario*, vol. 5, part. 1, n° 625).

4. *Devono enunciarsi dal sequestratario anche i sequestri e opposizioni posteriori alla dichiarazione?* Sembra che quest'obbligo gli sia imposto dal capoverso primo dell'articolo: IN OGNI CASO, ecc., conforme all'articolo 768 dell'ultimo Codice.

Articolo 614.

Quando il terzo non comparisca all'udienza stabilita dalla citazione, o se comparendo ricusi di fare la dichiarazione a termini dell'articolo precedente, o se intorno a ciò sorgano contestazioni, il pretore, quando non sia competente, rimette a udienza fissa le parti davanti il tribunale civile.

Se la dichiarazione non venga fatta davanti il pretore, o davanti il tribunale, il terzo può essere dichiarato detentore dei mobili, o debitore della somma, e condannato a farne la consegna o il pagamento.

La dichiarazione può ancora essere fatta nel giudizio d'appello, ma il dichiarante deve sopportare le maggiori spese alle quali abbia dato luogo.

Annotazioni.

1. Abbiamo veduto per l'articolo 611, n° 6, che *il pretore del mandamento in cui il terzo ha residenza* o *domicilio*, è l'autorità destinata a riceverne la dichiarazione. Fondamento di questa giurisdizione particolare è il *luogo:* il luogo della esecuzione, come già si osservò

Digitized by Google

all'articolo 570. Il pignoramento di cui trattiamo, si riduce *all'esercizio di un'azione personale intentata in nome e vece del creditore.* Da ciò la giurisdizione dedotta dal domicilio o residenza del debitore. L'articolo 570 tiene però conto della competenza estimativa nella cerchia territoriale che vi è assegnata. L'articolo 611, n° 6, deroga in parte a tal regola, e costituisce giudice competente il pretore *per qualunque somma siasi proceduto all'atto di sequestro* (*); e ciò perchè l'oggetto dell'istanza non è altro, e non può esser altro, che il fatto puro e semplice della *dichiarazione* che dovrà emettere il sequestratario; onde il causidico deve ben guardarsi nella sua citazione dall'inchiudere le comminatorie alle quali va soggetto il sequestratario non dichiarante, eccettochè il pretore non sia altresì competente per ragione di somma.

Se manca al pretore siffatta radice della competenza, la capacità del valore, il solo inadempimento dell'obbligo di fare la dichiarazione, basta a privare il pretore di questa sua competenza *meramente esecutiva*, e imporgli il rinvio al tribunale civile. Da quel punto infatti nasce il bisogno di una pronuncia dell'autorità giudiziaria, non più limitata a quella specie di assistenza passiva ad una funzione della parte.

2. La questione della *dichiarazione tardiva*, agitata in Francia, era già cessata sotto il regno del Codice sardo del 1859, per la dizione molto esplicita di quell'articolo 765. Il Codice italiano, adoperando un'altra forma, non è men chiaro. *Se la dichiarazione*, si dice, *non venga fatta avanti il pretore o avanti il tribunale...* Gli è concesso persino di emetterla *in appello*, salvo compenso di spese (capov. 2°). E maggior mitezza non poteva usarsi.

La legge suppone adunque la possibilità di un giudizio d'appello. E veramente più serie contestazioni possono nascere nel cozzo di tanti interessi. Il terzo potrebbe sostenere una sua convinzione di non avere alcun debito, di non dover fare alcuna dichiarazione, e il pignoramento esser nullo. Abbattuto dai contrarii argomenti si ravvede; rinunzia all'assunto, e sull'ultimo della causa d'appello emette la sua dichiarazione. Egli è ancora in tempo. Giustamente *sopporterà le maggiori spese alle quali abbia dato luogo.*

3. L'ostinato silenzio del sequestratario darà piede alla presunzione ch'egli sia in realtà *detentore di mobili e di somme*, che gli ripugna per la verità denunciare. L'espressione della legge è questa, *debitore della somma.* Deve intendersi di quella per cui si è praticato il sequestro; onde si rileva la importanza essenziale di enunciare nell'atto di pignoramento la somma del credito (articolo 611, n° 1). *Quid* se altri creditori compignoranti ci fossero? La presunzione, una volta lanciata contro colui che già si reputa in dolo, *dolo videtur facere qui jussu judicis non paretur*, è così elastica da comprendere ogni somma, quando gli atti non porgano argomento che il suo debito non può estendersi a tanto.

Non è in miglior condizione il sequestratario, se trattisi di *mobili.* È scritto che può esser condannato *a farne la consegna.* Ma di quai mobili se il pignorante non seppe precisarli nè in qualità, nè in quantità? Poco importa. Di quei mobili che si presume ritenere, colla consueta comminatoria che non presentandoli in un termine assegnato, sarà condannato all'importo dei crediti che a tanto si reputa ascendere il valore dei mobili che ritiene, salva la premessa osservazione.

4. Una dichiarazione falsa, erronea, inconcludente, ingiustificata conduce forse alla stessa conseguenza di ritenere il sequestratario debitore puro e semplice delle cose sequestrate?

La risposta affermativa può esser vera secondo l'articolo 577 del Codice di procedura francese; la nostra legge non colpisce di tanta penalità che l'indifendibile silenzio del sequestratario. Le erronee o menzognere enunciazioni faranno uscire controversie indefinite di fatto, che la legge non può prevedere nè decidere *a priori.* Il dichiarante potrà essere ammesso a dilucidare, a provare. Si verrà allo esperimento delle prove, alla critica dei documenti; si farà un giudizio in lungo e in largo; e infine non è impossibile si conchiuda che il sequestratario è debitore di tutto o di parte, e sia costretto a farne la consegna secondo i termini stessi di questo articolo. Talvolta sarà tenuto risponsabile di danni-interessi (*V.* Dalloz, *Recueil*, 1848, t. I, pag. 65; 1849, tom. II, pag. 224; 1856, tom. II, pag. 20).

5. Senonchè, condannato il sequestratario a soddisfare i creditori per giusto effetto della negligenza sua, ma contro la verità del fatto, non si può restare in dubbio ch'egli non abbia azione contro il debitore come surrogato in quella già competente ai creditori ch'egli ha soddisfatti del proprio (Roger, n° 634; Pi-

(*) È pur anco derogatoria della regola generale stabilita dall'articolo 75, n° 1.

GEAU, *Comment.*, tom. II, pag. 173; CHAUVEAU, qnest. 1975 ter).

6. La legge non obbliga il terzo a *notificare la sua dichiarazione.* È obbligo invece del creditore in relazione al 2° capoverso dell'articolo 613. Ritengo doversi notificare anche al debitore.

Articolo 615.

La dichiarazione indicata negli articoli precedenti deve essere fatta dal terzo personalmente, o per mezzo di un procuratore munito di mandato speciale per quest'oggetto, che rimane annesso alla medesima.

La dichiarazione è ricevuta dal cancelliere, e sottoscritta da lui e dal dichiarante.

Articolo 616.

Quando insorgano controversie intorno alla fatta dichiarazione, le quali non siano di pura-forma, sull'istanza della parte interessata sono rimesse alla decisione dell'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente, se il dichiarante fosse stato citato direttamente dal proprio creditore.

Nel caso in cui la legge accorda al creditore la scelta tra diverse autorità competenti, la scelta spetta al creditore istante.

Annotazioni.

Bisogna ravvicinare l'articolo al 614 ed al 611.

Nel primo periodo qnesta procedura vicne considerata meramente esecutiva. Adunque il pretore locale, il magistrato più vicino e di più comodo accesso. Il valore della esecuzione è indifferente (articolo 611, n° 6). Ma allo spuntare di una contestazione, qualunque sia, anzi alla semplice necessità di una pronuncia, risorge l'idea del valore, attributiva di competenza. Allora il pretore, se la somma non è nei proprii limiti, rimette la causa al tribunale civile. Era questo il luogo ove dovevano aggiungersi le determinazioni dell'articolo 616, quale complemento del sistema. Il legislatore, nella mente acuta, ha investigato che quel *tribunale civile*, cui il pretore rinviò la causa, non sia poi il magistrato naturale di nna contestazione che minaccia di rimontare alle sue prime cagioni e diventare principale ed assorbento. Vero è che qnello è il magistrato del domicilio o residenza del terzo; ma non è ancor tutto per ritenere la sua competenza legale in relazione alla natnra dell'azione che il creditore avrebbe potuto istituire contro di lui. Si tratta forse di nn credito che deriva da convenzioni sociali, e avrebbe dovuto istituirsi *avanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione*, ecc. (art. 90). È forse un credito commerciale che non avrebbe potuto richiedersi che dal tribunale di commercio. L'opinato debitore si è veduto assalire di fianco da un supposto creditore del suo creditore, e costretto a fare delle agnizioni e delle confessioni giudiziali ch'egli non può o non crede di fare; egli che invece impugna il debito e non vuole in veruna maniera riconoscerlo. In questo stato di cose, egli declina una giurisdizione che non è quella che la legge ha stabilita per quel genere di contestazioni; egli reclama il giudice che gli compete, e che non gli poteva esser tolto per far comodo ad nn sequestrante, e per l'effetto di nna combinazione che non lo riguarda. Che ne succede? Succede che la causa del sequestro cessa come per mancanza di alimento; cessa perchè non si ha più interesse di seguitare una contesa di esito lontano per avventura ed incerto; non cessa necessariamente però, e il sequestrante potrebbe anco persistervi, di maniera che il credito, quando fosse giudicato, si troverebbe ancora vincolato al sequestro medesimo.

Ma se la disputa è di *pura forma*, con giudiziosa distinzione si è ritenuta la competenza del magistrato locale perchè la questione si mantiene esecutiva.

L'articolo 91 contiene una delle contingenze nelle quali il creditore ha la scelta fra più autorità giudiziarie ugualmente competenti. Altra, l'articolo 92. Ebbene, nel caso dell'articolo 616 la scelta è attribuita non più al creditore d'origine, ma al creditore di lui, allo stesso sequestrante; con che si suppone la continuazione del vincolo. Si afferma inoltre per

tale facoltà il diritto di surrogazione che il creditore sequestrante ha acquistato mediante il pignoramento. Sarà d'uopo pertanto che alla istanza che fa il debitore di essere rinviato al magistrato competente, corrisponda una dichiarazione del sequestrante che sceglie fra i diversi magistrati competenti; ovvero facendosi attore in luogo del debitore, che deve sempre citarsi, porterà la causa al magistrato di sua elezione.

Articolo 617.

Le spese della dichiarazione e della comparizione del terzo sono prelevate dalle somme da lui dovute, o dal prezzo degli oggetti da lui ritenuti, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dell'articolo 614.

Se il pignoramento sia rimasto senza effetto per non essersi trovati presso il terzo oggetti da pignorare, o le somme dovute o ricavate non siano sufficienti, le spese debbono essergli in tutto o in parte rimborsate dal creditore istante.

Annotazioni.

Il capoverso dell'articolo, nella sua non perspicua redazione, sembrerebbe portarci a dire che non sempre il sequestratario ha diritto di essere rimborsato della *spesa totale* dell'atto di dichiarazione, ma talvolta non dovrà esserne rimborsato *che in parte dal creditore istante*.

Il sequestrante ha sempre diritto di essere rimborsato della intera spesa: ed è già molto l'esser costretto ad anticiparle per l'altrui interesse (*). La sola sua colpa, la tardività inescusata, una denunzia artificiosamente composta e menzognera, la faranno ricadere sopra di lui.

Per questa spesa necessaria e non sua, il sequestrante ha diritto di ritenzione, se trattisi di somme. Se il sequestratario non è di cosa alcuna debitore, incombe sempre al sequestrante rifondergli le spese. Se il suo debito fosse così tenue da non coprire le spese, è questo il solo e quasi impossibile caso del rimborso parziale di cui parla l'articolo, poichè indennizzato in parte col debito, l'altra gli è rifusa dal creditore.

Articolo 618.

Quando il terzo ritenga oggetti mobili, e il creditore non si valga della facoltà accordatagli nell'articolo 643, ne è ordinata la vendita in conformità del capo VI, salvo i diritti che appartengono al terzo sugli oggetti stessi.

Annotazioni.

Il diritto di aggiudicazione dei mobili è limitato all'importare di lire 300, come spiega l'articolo 643 (*V.* ivi).

La riserva non è limitativa della vendita dei mobili; il diritto del sequestratario sugli *oggetti stessi* non può verificarsi che sul prezzo. La espressione della legge indica sufficientemente i *diritti reali* sui mobili, e non sono altri quelli enunciati col nome di privilegi dal titolo XXIII del libro III del Codice civile. Semplice creditore, il sequestratario concorre cogli altri creditori sul prezzo.

Articolo 619.

Quando il terzo sia debitore di somme esigibili immediatamente o in termine non maggiore di giorni cento ottanta, queste somme, non essendovi contestazione o concorso di altro creditore, sono dal pretore, nella stessa udienza in cui è fatta la dichiarazione, assegnate in pagamento, salvo esazione, al creditore istante sino alla concorrenza del suo credito.

(*) Il già Codice di procedura napoletano facoltizzava il terzo non debitore a farsi anticipare le spese (art. 655).

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Ciò che si offre primamente alla considerazione in questo articolo è la differenza che la legge introduce fra crediti *esigibili immediatamente* o *dopo un certo tempo* (fissato in giorni 180), nel primo caso *assegnando imperativamente* le somme sequestrate sino alla concorrenza del credito, nel secondo facendo semplicemente abilità al sequestrante di chiederne l'assegnamento (articolo seguente). Pare che la ragione della disposizione sia questa, che convenga lasciare al creditore sequestrante maggior libertà ove la riscossione si prolunghi troppo, per non danneggiarlo forzandolo a ricevere in pagamento un credito di non breve esigenza.

Due limitazioni per altro s'incontrano nello stesso periodo. Che *non vi sia concorso di altro credito*. Allora si deve venire alla distribuzione (articolo 652). Che *non vi sia contestazione*. La quale condizione è forse da riferirsi al modo dell'assegnazione, ovvero al diritto di essa, o piuttosto alla competenza?

Non può riferirsi al diritto di assegnazione. Se il contrasto è giusto, se il pignoramento non sussiste, se il sequestrante viene respinto nelle sue pretese, non si parlerà più nè di assegnazione, nè di vendita. Se il contrasto è ingiusto, il sequestrante che l'avrà superato tornerà più o meno pacificamente alla posizione contemplata dal presente articolo. Non vi può essere cangiamento.

La contestazione influirà sul *modo*, poichè l'assegnazione ordinata alla *stessa udienza* sarà differita. Pare che l'importanza dell'articolo sia piuttosto nel rispetto della competenza; ed è una veduta che rientra in quella dell'articolo 616. L'assegnazione pura e semplice, l'assegnazione incontestata, è affare del *giudice locale, senza riguardo di somma*. La contestazione rimette ogni cosa in problema, diritto e giurisdizione. Veramente la legge si contenta al veto, e non dice cosa dovrà succedere elevandosi contestazione. Ma bene interpretando, crediamo di vedervi un richiamo alle norme di competenza già stabilite. Se il pretore, secondo quelle norme, è l'autorità competente, scioglierà la controversia e farà l'assegnazione; se non lo è, rimetterà la causa all'autorità competente: applicazione diretta degli articoli 614 e 616.

2. *È definitiva l'assegnazione? Trasporta la proprietà del credito nel creditore sequestrante?*

La soluzione del quesito, quando sia affermativa, importa che niun altro creditore che venga operando sequestri *dopo l'assegnazione*, può partecipare della somma assegnata, ancorchè non siasi effettuato il pagamento; il sequestro non avrebbe effetto che sull'avanzo, soddisfatto l'assegnatario.

Chi volesse farne una questione seria fra noi, come in Francia, avrebbe meno ragione di chi sostenne colà il partito negativo, che ne aveva pochissima. ROGER, uno di essi e dei più autorevoli, è tuttavia costretto a dire (n° 645): « Il faut le reconnaître, cette opinion semble « aujourd'hui rejettée par la jurisprudence ». E, leale com'è, reca in nota decisioni a dovizia, oltre quelle citate da CARRÉ e CHAUVEAU. È pei francesi non altro che un argomento di induzione tolto dal loro art. 579, ov'è detto che se « la saisie est déclarée valable, il sera « procédé à la vente et distribution du prix, « ainsi qu'il sera dit au titre de la distribu- « tion par contribution ». Non vi essendo concorrenti, era ben semplice che la somma (quando non si trattasse che di somma) avesse a cedere al sequestrante sino alla concorrenza del suo credito; e infatti si faceva sempre così. Nel quale stato della legislazione era permesso dubitare se, ordinando il tribunale che all'unico sequestrante avessero a pagarsi le somme esistenti, ciò importasse una vera cessione o il trasporto della proprietà del credito, attalchè i creditori che venissero a presentare le loro opposizioni dopo quest'ordinato, dovessero esser respinti. Militava in contrario il riflesso che il sequestro non attribuisce privilegio prelativo al sequestrante, e non fa che vincolare al proprietario la disponibilità e trasferirla nel giudice. Ma la formola da noi usata *assegnare in pagamento*, congiunta agli argomenti razionali che mostrano che giunta a quel punto la procedura del sequestro ha il suo compimento, elide ogni questione.

3. *Delle opposizioni pendente l'appello.*

Interposto appello dalla sentenza che ordina l'assegnazione, messa in controversia la validità del pignoramento, altri sequestri e opposizioni possono presentarsi, i quali, secondo la teoria, riuscirebbero vani alla conferma della sentenza, ma avrebbero vigore se fosse riformata.

4. *Salvo esazione*, e, come dicesi, *pro solvendo*, e non *pro soluto*. Questa clausola fu sapientemente aggiunta a toglierе il dubbio che la cessione equivalesse a delegazione perfetta, a rischio e pericolo del creditore.

Digitized by Google

Articolo 620.

Quando il debito sia di somme esigibili in termine maggiore di quello indicato nell'articolo precedente, o si tratti di censi o di rendite perpetue mobiliari, e il creditore non preferisca di farsi assegnare il credito in pagamento, ovvero il debito consista in rendite temporarie, o vi siano più creditori che d'accordo non prescelgano di farsele aggiudicare in proporzione dei loro crediti, si procede alla vendita di queste ragioni di credito com'è stabilito nel capo VI.

Annotazioni.

1. Bisogna analizzare questo testo fieramente complesso, e un cotal poco confuso.

Tre ordini di crediti vediamo considerati: 1° somme prossimamente esigibili; 2° somme esigibili a scadenza più lontana, o costituite in capitali di censo e rendite perpetue; 3° rendite temporarie.

I crediti del prim'ordine si ritengono come materia facile e pronta di pagamento, e si concedono all'unico sequestrante non tanto per agevolare a lui la soddisfazione che gli compete, quanto per non aggravare di troppe spese il debitore con una vendita giudiziale. È per questo che il sequestrante non può rifiutare cotal modo di pagamento, benchè qualche volta gli tocchi aspettare sino a sei mesi.

Non si potrebbe ugualmente imporre al sequestrante il *da in paga* di azioni creditorie, di rendite costituite, di capitali, che fors'anche superano il suo credito onde dovrebbe versare l'avanzo. Ma s'egli ne sia contento, se la domandi, non gli si vuol negare l'assegnazione, non arrecandosi con ciò danno al debitore, ma anzi tornando a lui vantaggioso, per le minori spese, l'assegnamento al creditore.

I censi e le altre rendite perpetue mobiliari hanno il loro prezzo fissato nel seguente articolo 621: *Sono ragguagliate a cento lire di capitale per ogni cinque di rendita*: in confronto del qual prezzo legale ed inalterabile si può benissimo evitare la vendita all'asta pubblica, e sfuggire all'eventualità di aggiudicazioni meno proficue.

Se il debito consista in rendite temporanee, questo metodo non può tenersi. Nella indefinita varietà dei casi, la legge non ha potuto determinare una norma positiva di prezzo. Si è veduta la necessità di vendere le ragioni di credito.

Il diritto di assegnazione a favore del sequestrato viene essenzialmente limitato dal concorso di altri creditori. Se non che l'assegnazione è possibile, ed ha la stessa ragione di essere, ove la pluralità dei concorrenti si accordi sul modo della ripartizione. Economia o niun danno del debitore.

Ma quel medesimo ostacolo che nelle *rendite temporarie* impedisce la distribuzione che diremo amichevole, impedisce, se male io non intendo questa disposizione, l'accomodo dei varii creditori; semprechè il debitore stesso non concorra ad accettare la misura di prezzo, ma allora si entra nel campo delle convenzioni e cessa l'imperio della legalità.

2. Il nostro articolo si restringe a considerare le azioni sotto forma di capitali produttivi di *rendite* o *perpetue* o *temporarie*; e fa silenzio sopra ogni altra specie di azioni, di diritti, che essendo nel patrimonio del debitore sono inevitabile materia di pegno ai creditori. Noi abbiamo stabilito in altro luogo (articolo 611) che tutte le azioni che sono suscettibili di un valore, sono pignorabili (*). Se non che quelle azioni e quei diritti non sono valutabili a regola fissa; non permettono quella semplicità di sistema che agevola l'assegnamento delle rendite perpetue. L'importanza di un contratto sociale in un'impresa di commercio è anche meno determinabile *a priori* che una rendita temporaria. Perciò la legge ne tacque come di cosa che fuori di ogni dubbio non avrebbe potuto assegnarsi al creditore senza lo esperimento del pubblico incanto, in cui lo stesso debitore può trovare il più deciso vantaggio.

3. *Osservazioni sul pignoramento delle rendite e altri diritti.*

Il Codice di procedura civile francese divide nel sistema di pignorazione il sequestro di somme ed effetti da quello delle *rendite*, cui dedica un titolo speciale (lib. v, tit. 10). La diversità del modo di procedere mostra in

(*) Ciò diciamo, in tema generale, onde subordinare la proposizione a quelle modificazioni che verremo notando nei luoghi opportuni.

Digitized by Google

quella legislazione una di queste due cose; o che la spropriazione di una rendita si teneva in assai maggior rilievo, o che l'arte della procedura non aveva ancora insegnato un metodo più semplice. Checchè dir si voglia dei francesi, noi abbiamo regola comune ad ogni pignoramento di crediti e azioni (articolo 611). È bensì vero che trascorrendo quel dettato, non sospettiamo che anche i capitali investiti e le rendite siano compresi in quella formola, *indicazione almeno generica dei mobili* o *delle somme* (n° 2); ma portando lo sguardo al suo corrispondente, l'articolo 613, ove sono ingiunte le forme della *dichiarazione*, vedesi l'obbligo del sequestratario esteso a denunciare *i censi e le rendite anco temporarie*; e questo io credo, ad esempio, mentre, se per altri titoli fosse il sequestratario debitore, dovrebbe ugualmente denunciarli.

È nel sistema francese imposto al pignorante l'obbligo di « enunciare il documento costitutivo della rendita, la sua quantità o valor capitale » (articolo 637); apprensione nominativa, specifica e singolare per lo pignoramento dei crediti e dei mobili. Noi abbiamo liberato il pignorante da siffatto vincolo; abbiamo ragionato che la cognizione dei titoli di debito è piuttosto affare del debitore, e non abbiamo voluto farne una condizione pericolosa del pignoramento. Non mancarono in Francia osservazioni sul progetto del Codice di procedura contro gli inconvenienti di una pratica in cui ogni errore o inesattezza, male imputabile ad un terzo, avrebbe cagionata la nullità del pignoramento. Il Codice seguì il peggiore consiglio. Si credeva di riparare mediante una interpellazione che si farebbe al futuro sequestratario, onde dichiarasse i proprii titoli di debito, se pure ce n'erano (PRATICEN, t. II, pag. 260; PIGEAU, tom. II, p. 5, tit. 4, cap. 1): sistema ibrido e contrario alla legge.

Articolo 621.

Quando il creditore, a termini dell'articolo precedente, si faccia assegnare in pagamento censi o rendite perpetue, questi sono ragguagliati a cento lire di capitale per cinque lire di rendita, e si osserva la disposizione dell'articolo 619.

Annotazioni.

1. *Osservata la disposizione dell'articolo* 619 (intende col ministero del *pretore*), alla *stessa udienza* si effettua l'assegnazione, che del resto sappiamo essere in questo caso volontaria.

Non si parla che di *censi* e *rendite perpetue* che con un tratto di penna si convertono in una somma capitale, e presentano un risultato liquido e certo. Il pretore continua la sua funzione di giudice esecutore, a cui l'unica base di competenza è il territorio; competenza che cessa ad ogni soffio di contestazioni per le ragioni avvisate all'articolo 619. Si è anche detto il perchè della esclusione delle rendite temporarie da siffatta assegnazione bancaria. Un capitale la cui liquidazione inchiude la estimazione di diritti di varia natura, nell'ordinamento esecutivo si ritiene piuttosto un'azione che giova esporre in vendita (articolo 620), ma nell'accordo degli interessati il pretore stesso può farne l'assegnamento. E con esso, come pure fu sopra notato, si opera un vero trasporto di proprietà, una traslazione e vendita giudiziale del diritto, che meglio si direbbe *aggiudicazione*.

2. Ho detto abbastanza per far intendere che nei varii articoli che stiamo esaminando, sotto nome di *rendite perpetue* non vengono che le *rendite semplici*, cui nel linguaggio del Codice civile è sinonimo il *censo* (art. 1782); ed ora aggiungo, che non possono comprendervisi le *rendite naturali*, o *in derrate*, la cui estimativa è di una elaborazione più difficile; non ammettono la pronta applicazione delle norme dell'articolo 621, nè quindi l'assegnamento bancario. Il debitore non dovrà essere privato dei vantaggi che la pubblica vendita può procurargli; metodo che astrae da una valutazione suscettibile di controversie, o che la legge della spropriazione ha dovuto preferire perchè più semplice, più proficuo al debitore, e più conforme al diritto comune delle spropriazioni giudiziarie.

3. Lo stesso deve dirsi dei *diritti enfiteutici*. A questo basterà il riflettere che la procedura paria di *censi* o *rendite perpetue* MOBILIARI, laddove i diritti enfiteutici si considerano *immobiliari* (articolo 413).

4. Si è veduto che l'*assegnazione dei censi* e *rendite perpetue* è puramente facoltativa al pignorante. Il caso più frequente sarà quello di un'eccedenza nel capitale della rendita; e il pignorante aggiudicatario dovrà versarla e farne il pagamento. Solo a tal condizione egli potrà essere dichiarato proprietario della ren-

Digitized by Google

dita. Avrà luogo in tal caso una stipulazione giudiziale, o l'offerta reale e il deposito a termini dell'articolo 1259 del Codice civile.

5. Su questo punto della esecuzione contestazioni possono nascere; ora si domanda *se il pretore mantenga la sua competenza, o debba rinviare la causa*, secondo l'art. 619. Ma poichè trattasi non d'altro che di esecuzione, il pretore, a mio avviso, rimane competente. Trattasi di esecuzione se la questione che sorge non versa che sul *modo del pagamento*, ritenuta l'assegnazione valida. Ma sopra contestazioni d'altra natura, ciò sono le contestazioni cadenti sul diritto e sul merito dell'assegnamento, provvede, col suo *veto* almeno, l'articolo 619. Allora la norma di competenza assume quegli aspetti che noi abbiamo segnalati nell'esame di questa legge.

6. La clausola *salva esazione* (art. 619) è letteralmente riferibile al credito pecuniario. Se il sequestratario nel mezzo tempo fallisce, e nulla si può riscuotere, o non si può riscuotere che poco, dopo lunghe fatiche, è chiaro che l'assegnazione non vale pagamento, e l'azione del credito rimane salva. È facile tradurre quella previsione della legge agli effetti della garanzia che consegue dalla vendita. L'assegnatario della rendita (che è *mobiliare*, quantunque assicurata da ipoteca) (articolo 414 del Codice civile), l'assegnatario della rendita subingredisce nella ipoteca e in tutti i diritti del debitore spropriato. Se l'alienazione non si effettua mediante stipulazione, se nel contratto non si modifichi la condizione della garanzia, avrà luogo quella di ragione per ogni vendita nella quale non fu promessa (art. 1486 del Codice civile).

Articolo 622.

Nel pignoramento di censi, rendite, e crediti fruttiferi sono comprese le annualità scadute al tempo della notificazione fatta a norma dell'articolo 611, e quelle che decorrano fino al giorno dell'assegno o della vendita indicati negli articoli 619 e 620.

Annotazioni.

Questa disposizione sembrerebbe una superfluità nel nostro sistema, tuttavia la chiarezza non nuoce mai. Pel nostro articolo 611, semplificato il compito al pignorante che comprende nella sua inibizione ogni debito del terzo senza specifiche indicazioni, l'art. 612 è perspicuo nel dichiarare che *dal giorno della notificazione di quell'atto* il terzo è costituito *depositario* e *sequestratario giudiziale*, e quindi inibito ad ogni rilascio o pagamento. Ne segue che se il suo debito è formato di rendite, qualunque siano, come non può più spogliarsi del debito capitale, così non può più liberarsi dal debito degli arretrati, onde si vede che ciò che la legge dichiara dell'art. 622 era già contenuto nell'art. 612.

Una dotta reminiscenza di questioni francesi suggerì quest'articolo. I francesi cominciavano dal separare il pignorante delle somme o crediti semplici dai capitali investiti o rendite. Si dispone nell'art. 565 di quel Codice che il creditore sequestrante deve in un termine prefisso chieder la conferma del sequestro, istanza che si fa in confronto del debitore oppignorato (art. 564); e *deve farsene denuncia allo stesso sequestratario*. Mancando la quale egli può liberamente pagare in mano del debitore.

Quando si tratta di pignoramento di rendite, non si ripete punto la prescrizione dell'articolo 565. Pareva quindi non ve ne fosse bisogno, e la inibizione onde non si pagassero nè le rendite scadute, nè quelle a scadersi, fosse sufficiente, senza ulteriore denuncia. Così di fatti la intendono alcuni eccellenti giuristi, fra i quali il Chauveau, ma per altri la cosa non è scevra di dubbio. Il dubbio starebbe in ciò, che le somme arretrate, come staccate dal corpo della rendita, possono rassegnarsi ai crediti semplici, alle somme al cui pignoramento è prescritto un rito diverso, ed è applicabile il disposto dell'art. 565. Sarebbero due forme diverse di pignoramento in una, e soggette a regole distinte, malgrado il dettato dell'art. 640, francese. « L'exploit de saisie vaudra toujours « saisie-arrêt des arrérages échus et à échoir « jusqu'à la distribution. » E voleva significare, che quand'anche non si fossero nominate nell'atto di sequestro le *rendite arretrate*, vi erano comprese. Ma questo medesimo intendimento dell'articolo faceva nascere nelle menti sottili dei glossografi il dubbio che ho accennato, e alcuni, il Pigeau, Carré e Favard de Langlade pensavano che non si fosse perciò fatta novazione all'articolo 565.

Digitized by Google

CAPO VI.

DELLA VENDITA E DELL'AGGIUDICAZIONE DEGLI OGGETTI PIGNORATI

Articolo 623.

Il provvedimento che ordina la vendita degli oggetti pignorati stabilisce il giorno, l'ora e il luogo in cui sarà fatta la vendita, delega l'uffiziale che vi deve procedere, e nomina il perito per la stima degli oggetti d'oro e d'argento, delle gioie e degli altri oggetti per i quali il pretore lo creda necessario.

Annotazioni.

1. Sopra istanza, in via sommaria (art. 575), proposta da una delle parti interessate, ma che d'ordinario si muove dal creditore pignorante, il *pretore* all'udienza decreta la vendita. Di che specie sia l'ufficiale delegando, lo dice l'articolo 627.

2. Il presente titolo ha due parti ben distinte. Nella prima si dispone della vendita degli *effetti mobili*, nell'altra delle azioni e diritti.

3. La stima non è propriamente necessaria che per oggetti d'oro, d'argento e gioie, intorno al cui valore l'uomo è facilmente ingannato dall'apparenza. La *stima* è cosa essenziale come base di un valore che dalle offerte dell'incanto non può essere diminuito (articolo 636). Ampia facoltà rimane al magistrato per le altre, e io credo veramente che, non essendo pericoloso l'uso di tale facoltà, rimessa d'altra parte al buon giudizio di lui, non si debba, quasi anticipatamente ragionando, imporgli dei limiti.

Ma sento che il mio discorso ha bisogno di essere spiegato, e spiegandolo stabilirò qualche proposizione di massima.

La procedura che fu del regno di Napoli (art. 712) e la pontificia (§ 1190) proscrivevano la stima preventiva degli ori, argenti e oggetti preziosi da vendersi all'incanto. La pontificia voleva anche di più; la stima delle *librerie, gallerie, musei; greggi* o *armenti; fondachi, negozi* e *altri opifizi*. L'ho detto altre volte; quel regolamento meritava e merita di essere studiato. La stima era base all'incanto, ma con applicazioni diverse. Portando sempre sulla stima una diminuzione, dovendosi attendere il rialzo dalle offerte, si poneva a base di prezzo il *valore intrinseco* degli ori, argenti e oggetti preziosi, diminuito di un solo decimo. La diminuzione di due decimi per le altre cose. *Valore intrinseco*, nel primo caso, significava distinzione dal valore, valutabile secondo i gusti, i tempi e le circostanze; quindi era ordinato al perito « indicare distintamente il valore in« trinseco degli effetti e il prezzo della fat« tura » (§ 1292) (*).

Fu gran senno del legislatore romano (tacita ma evidente critica di tutte le altre procedure) non permettere che le materie, collezioni e università *sui generis*, descritte in quel paragrafo, fossero abbandonate all'incanto senza una estimazione precedentemente fatta da uomini competenti. E non importa il dire a quanti e quali inconvenienti si venisse ovviando con sì saggia misura, protezionista se vuolsi; ma un commercio che si fa per mezzo degli organi stessi della giustizia, dev'esser anche difeso dagli eccessi della libertà.

Veniamo al nostro Codice. Esso è prudente di maniera da lasciare al giudice la facoltà di ordinare la stima; e il giudice approfitterà dei proposti esempi. La stima o perizia del valore di oggetti rari e non generalmente conosciuti, di collezioni artistiche, scientifiche, fondachi, macchine, istrumenti di opificii, od opificii complessivi, e via discorrendo, e ogni altra che piacesse al giudice di ordinare, sarebbe forse *tassativa*, *o meramente indicativa?* In altre parole, si considera quale *elemento legale* del prezzo, o serve puramente di

(*) *V.* appresso, art. 628.

scorta e guida agli offerenti, istruzione di sentita opportunità, ma non precetto e regola che sia debito osservare?

È questo un richiamo di assai momento e un dubbio grave, mentre da un lato si dirà che, nell'ordinare o nel permettere l'ordinamento di stima di cose da vendersi al pubblico incanto, la legge deve avere in mira di regolare il prezzo e fissare norme invariabili e, come si direbbe, il *minimum* delle offerte; così appunto avviene in fatto di stima degli ori e argenti (art. 636). Ma bene altrimente validi sono gli argomenti contrarii per respingere questo modo d'interpretare l'art. 623 e le sue conseguenze.

L'argomento principale è quello, che non si potrebbe allegare veruna legge a sostenere la tesi. Dove si trova determinato alle offerte un *minimum invariabile*, fuorchè per gli ori ed argenti? (art. 635). Vedremo che persino in fatto di *gioie* il valore intrinseco, quantunque apprezzato divisamente dal pregio del lavoro, non è che indicativo. Una ragione vi può essere, e faremo di trovarla. Intanto, poichè la legge non *caret effectu*, dobbiamo contentarci di quello ch'essa medesima si propone, e non cercarne altro più categorico, e che ad alcuno potesse sembrar migliore. La legge *impera* e *dirige;* impone regole perchè crede che il bene non possa seguire fuori della osservanza di quelle, ovvero non fa che mostrare la via alla ragione libera dell'uomo, dando istruzioni e tracciando norme utili a mature deliberazioni. E noi siamo in uno di quei casi.

Articolo 624.

La vendita non può farsi prima che siano trascorsi giorni dieci dal pignoramento.

Quando si tratti di oggetti per i quali vi sia pericolo di deterioramento, il pretore può abbreviare il termine e anche autorizzare la vendita nello stesso giorno in cui sia pubblicato il bando, purchè vi sia l'intervallo di due ore dalla pubblicazione, e con lo stesso provvedimento può anche dispensare dalla notificazione del bando al debitore.

Annotazioni.

La nuova legge ha fatto una saggia modificazione alla precedente (del 1859), che nell'articolo 722 prescriveva « fra la dichiarazione « del terzo e la vendita vi dovrà essere un in- « tervallo non minore di giorni venti ». Ha potuto farla questa modificazione per avere opportunamente distinto fra la vendita dei *mobili* e quella delle *azioni*, capitali investiti o rendite, come poi si vede nell'articolo 632. Ha fatto anche di più: ha dato ampie facoltà al magistrato della esecuzione per abbreviare il termine *sotto l'impero della necessità*, essendovi *pericolo di deterioramento*.

Articolo 625.

La vendita dei bachi da seta non può farsi prima che siano in bozzoli.

Articolo 626.

Qualora vi sia mercato nel comune in cui sono gli oggetti pignorati, il pretore ordina che la vendita sia fatta nel luogo e tempo del mercato; salvo che creda più vantaggioso che sia fatta in altro luogo e tempo.

Articolo 627.

Quando la vendita debba farsi nel comune in cui ha sede la pretura, è delegato per la medesima il cancelliere del pretore o un usciere; se fuori, il pretore può anche delegare il cancelliere del conciliatore, o un notaro.

Articolo 628.

Quando, a termini dell'articolo 597, siasi proceduto a sigillamento, l'uffiziale

cui è commessa la vendita procede al dissigillamento, previa la ricognizione dell'integrità dei sigilli.

Il perito nominato per la stima degli oggetti d'oro o d'argento, e delle gioie, ne determina distintamente il valore intrinseco e quello del lavoro.

La relazione della perizia è ricevuta dall'uffiziale incaricato della vendita, il quale riceve pure il giuramento del perito facendone risultare da un solo atto.

Questa relazione deve essere unita al processo verbale del pignoramento.

Annotazioni.

1. La *sigillazione* è prescritta qualora nel *luogo del pignoramento non siavi peso adatto* per poter descriver con precisione gli oggetti *nel loro peso e marchio* (articoli 597, n° 7), cautela ad assicurarne la identità. Dato che il peso e marchio garantiscano la identità *dei pezzi d'oro e d'argento*, non pare che la cautela convenga del pari alle *gioie*. Nell'art. 711, n° 7 del Codice del 1859 si parlò di *peso e marchio*, ma soltanto relativamente alle cose d'oro e d'argento; e si fece intendere nel secondo capoverso di quel n° 7 che le *gioie* dovevano essere *assicurate con suggelli*. Il loro scambio è così facile! Il che, io sono d'avviso, abbia a praticarsi ancora oggidì, nonostante la locuzione alquanto equivoca dell'art. 597, num. 7.

2. Qualche volta *materia vincit opus*, e qualche volta è vinta dal lavoro. A ogni modo, il lavoro è l'opera artifiziale dell'uomo intorno la materia; e da essa talmente si discerne, che la legge vuol conoscerne a parte il singolo pregio (*). Ciò è provvido, perchè il *valore intrinseco* ha qualche cosa di assoluto e di universale; il lavoro, cosa d'arte, o è inestimabile per suprema eccellenza dell'artefice, come una gemma cesellata dal Cellini, o tuttochè ragguardevole, scapita per la moda, pel tempo e per gli umori. Ed ecco una stima *per indicazione* e *non per imposizione*, permettetemi questa nomenclatura, che illumina e non costringe in veruna guisa la libertà degli offerenti, secondo le osservazioni da noi fatte intorno l'articolo 623.

3. *Procedimento.*

Come debba operare l'uffiziale delegato e il perito, se *col concorso delle parti* o *senza*, la legge se ne passa; e si osserverà indarno che la perizia di ori, gemme e oggetti preziosi, che fornisce l'elemento sostanziale del prezzo, è interessante quant'ogni altra, e non deve farsi *in abscondito*. Non potrebbesi ammettere alcuna delle forme imperiose con cui si dibattono e si compiono le perizie nel corso della lite, perchè noi siamo nel processo esecutivo, nel quale tutte si accorciano le forme delle operazioni intermedie, e le regole sono speciali (**). Non vi è cosa più intralciata di una vendita giudiziale, e non pochi particolari sono riserbati alla prudenza del magistrato; ed eccone una. Noi abbiamo dall'articolo 636 che gli *oggetti d'oro, d'argento e gioie* devono restare esposte al pubblico *due ore almeno* prima dell'incanto. Il giudice dovrà ordinarlo nella sua sentenza di vendita. Nominando il perito e delegando l'ufficiale esecutore, farà bene col *destinare il giorno e l'ora* in cui seguirà il dissigillamento e la stima; la quale sentenza notificandosi al debitore, gli darà facoltà d'intervenire e fare ai periti le sue osservazioni. Con questo metodo sarà riparato all'apparente difetto della legge.

Articolo 629.

L'uffiziale incaricato della vendita deve annunziarla al pubblico con bando da affiggersi almeno tre giorni prima della medesima, salvo il caso indicato nel capoverso dell'articolo 624:

1° Alla porta della casa in cui sono gli oggetti pignorati.

Trattandosi di barche, chiatte, battelli, ed altri legni di fiumi o laghi, e di mulini e altri edifizi mobili stabiliti sopra barche o diversamente, la copia è affissa sull'oggetto stesso che cade in vendita;

(*) L'articolo 783 del già Codice parmense ordinava la determinazione distinta del *valore intrinseco e di fattura*, aggiungendo: ove *meriti d'esser calcolata*.

(**) Il Regolamento romano lo aveva dichiarato Diceva nel § 1292 che *il perito scelto d'ufficio non poteva esser ricusato*; nel § 1295 « non è *ammesso verun reclamo contro la stima* del perito ».

2° Alla porta della casa comunale del luogo in cui sono i detti oggetti;

3° Nel luogo in cui deve farsi la vendita, se questo sia diverso da quello in cui sono gli oggetti pignorati;

4° Alla porta della pretura da cui fu ordinata la vendita.

Articolo 630.

Il pretore può ordinare che un estratto del bando sia inserito in uno o più giornali da lui indicati.

In questo caso l'inserzione deve farsi tre giorni almeno prima della vendita.

Annotazioni.

Il pretore deve ordinarla colla stessa sentenza di vendita.

L'articolo 629 prescrive che il bando nei casi ordinarii deve *precedere almeno di tre giorni* la vendita. E' pure tre giorni prima si farà la pubblicazione nei giornali, se piaccia al pretore. Anteriormente (articolo 730 del Codice del 1859) questa facoltà del pretore era limitata dal valore degli oggetti da vendersi, inferiore a lire 500.

Articolo 631.

Il bando deve indicare:

1° Il luogo, il giorno e l'ora della vendita;

2° La data del provvedimento che l'ha ordinata;

3° L'uffiziale che vi deve procedere;

4° La natura e qualità degli oggetti senza specificazione.

L'usciere certifica in fine di una copia del bando l'eseguimento delle dette pubblicazioni, indicando il giorno e luogo in cui furono eseguite. Questa copia rimane annessa al processo verbale di pignoramento, al quale si unisce un esemplare del giornale contenente l'inserzione fatta a norma dell'articolo precedente.

Il bando è notificato personalmente al debitore e al custode.

Annotazioni.

1. *Il bando è notificato personalmente al debitore e al custode.*

Si è veduto più volte la legge distinguere fra *notificare in persona propria* e *notificare personalmente*. Ci sono dei casi nei quali si vuol essere assicurati che l'atto giunse direttamente nelle mani dell'intimato senza quelle interposizioni che possono anche sviarne la destinazione lunghesso il cammino. Qui la legge si contenta di dire: *personalmente*. È pronta quindi la spiegazione dell'articolo 39. Non sarebbe un pleonasmo? No. Il debitore potrebbe avere un domicilio artificiale o legale, se così è meglio detto, qual è quello richiamato dall'articolo 367. È vero però che ogni notificazione che si fa al debitore nel corso del processo esecutivo s'intende doversi eseguire *personalmente*. Fors'anche si è voluto escludere qualunque rappresentanza procuratoria.

2. La legge non dice che debbano esser franchi al debitore i *tre giorni* che premette dalla pubblicazione del bando alla vendita. È deciso che non gli possono esser garantiti questi tre giorni; deciso da ciò, che se dall'affissione del bando alla vendita bastano tre giorni, la notificazione del bando (che s'intende fatta dopo la pubblicazione, onde il debitore abbia cognizione di tutte le formalità eseguite, e del modo con cui furono eseguite) non può essere fatta a lui con ugual termine, eccettochè non fosse nel medesimo giorno, che la legge non prescrive.

Articolo 632.

Quando si tratti della vendita indicata nell'articolo 620, fra la dichiarazione del terzo e la vendita, deve essere un intervallo non minore di giorni venti.

Digitized by Google

Il bando indica anche il nome, cognome, e la residenza del terzo debitore, il titolo e la qualità dei censi, delle rendite o dei crediti, il tempo dell'esigibilità, e, se siano garantiti con ipoteca, la situazione dei beni ipotecati.

Il bando deve affiggersi otto giorni almeno prima della vendita:

1° Alla porta della casa di abitazione del debitore principale;

2° Alla porta della pretura, e in una delle piazze principali del luogo in cui deve farsi la vendita;

3° Negli altri luoghi che fossero designati dal pretore.

Il bando deve essere anche notificato al terzo debitore.

Articolo 633.

Quando la vendita non si faccia nel giorno stabilito, non vi si può procedere senza nuovo provvedimento del pretore, che ne stabilisca il luogo, il giorno, e l'ora, e senza nuova pubblicazione del bando in conformità degli articoli precedenti.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Il processo di spropriazione della rendita ha preoccupati i legislatori francesi, e prima, e lungo tempo dopo l'attivazione del Codice. L'esecuzione sulle rendite (che prima si chiamarono *costituite sopra terzi*, di poi l'appellativo venne abolito) si osservava in duplice aspetto. Considerate le rendite costituite nella loro natura mobiliare, definita dal Codice civile, il pignoramento si consumava all'uso di ogni altra cosa mobile, e quindi con una certa prontezza e semplicità di forme. Ma tutto ciò non era, secondo quei legislatori, che un preliminare, quasi una preparazione agli atti di vendita. Giunta la procedura a questo punto, cambiava natura, e vestiva la forma della immobiliare. Gli scrittori francesi, più pazienti, bisogna convenirne, più tolleranti, più disposti a lodare che a biasimare le cose loro, come siam soliti noi, trovano affatto naturale questo passaggio. Per quanto la legge civile rassegni i diritti e le azioni fra le cose mobili, una disuguaglianza di natura rimane incancellabile fra quelli e le cose materiali, onde, volere o no, si accostano all'indole delle immobiliari, non foss'altro, attesa la gravità ed importanza (Chauveau, al tit. x, *De la saisie des rentes*, in principio).

È noto che in Francia la procedura dell'espropriazione forzata degli immobili subì non poche correzioni mediante la legge del 2 giugno 1841, e allora fu sentito generalmente il bisogno di ridurre anche quella della spropriazione delle rendite, che continuava pesantemente col sistema anteriore. Discussioni alle Camere e lavori di Commissioni non mancarono, diretti principalmente a mettere in armonia quella parte del Codice colla legge del 1841; risultato che si ottenne nell'anno seguente; ma nessuna questione di principio, nessun criterio razionale fu portato sulla teoria della spropriazione giudiziale, in presenza della quale veniva a modificarsi, senza una ragione ben sicura, la distinzione delle cose insegnate dal Codice civile.

2. *Rassegna di alcuni principii.*

La legge, che non è speculativa, e si ritira, per quanto è possibile, dalle definizioni dogmatiche, si trova talvolta in faccia ad estesi orizzonti, ove deve cogliere alcune idee fondamentali e primitive mediante un lavoro di doppia forma, mentre da un lato piegasi a ciò che l'ordine naturale impone, senza che non avrebbero forza e tornerebbero assurdi i suoi dettati, dall'altro deve rivestire i concetti filosofici e astratti di pratica attualità, di una efficacia rispondente ai bisogni della vita civile, trovando bene il punto in cui la volontà dell'uomo può modificare senza offesa gli ordini stessi di natura. Nessuna più vasta generalità che descrivere l'essenza delle cose, oggetto perpetuo degli umani diritti: eppure si è dovuto venirci a cominciare dai legislatori antichissimi, come fu per noi notato altra volta (*V.* articolo 583). Della prevalenza del tatto pratico dei legislatori moderni fa fede l'abbandono che si è fatto nella classazione, d'altronde verissima, *di cose corporali e incorporali*, che troppo si manteneva all'altezza ideale, e non toglieva *dall'oggetto del diritto*, che essendo la misura della loro utilità effettiva, deve porgere alla stessa definizione il suo sostanziale elemento. Nacque da ciò, che delle

cose che sarebbero *incorporali* acquistarono, per così dire, concretezza e forma, come il diritto d'usufrutto e quello di servitù prediale (art. 415 del Codice civile); ed altre che permanevano in tutto il loro carattere mobiliare, secondo natura, come gli animali, gl'istrumenti, i semi di un fondo agricolo, venivano attaccate ad immobile per l'oggetto reale, per lo scopo economico che rappresentavano, salvo di ritornare altresì nel loro proprio e natural carattere di mobili una volta che quella relazione di finalità fosse loro mancata, o che un più potente riflesso di giustizia non avesse consigliato di romperla (*).

Non vi è istituto più razionale della procedura, per quanto coperto di forme e di aride prescrizioni. La distinzione di massima, fondata nella legge civile, si riflette di tutta la sua forza nelle leggi dell'espropriazione coattiva. L'idea dominante è sempre l'*oggetto di diritto*. Gli interessi patrimoniali, gli interessi commerciali si attengono più o meno fortemente, più o meno estesamente, a tali sostrati di diritto. La rapida circolazione delle cose mobiliari permette assai meno il raggrupparsi intorno ad esse di moltiplici e complicati interessi. Ma per le cose immobili vi è di più. Sono base ferma di diritti; li comprendono in sì variati aspetti, vi è tanta difficoltà di trasportare quell'ammasso in altre mani, rispettando gli interessi di tutti e trasformandoli con abili evoluzioni per realizzarli tutto ad un tratto, che assolutamente lento e cauto dev'essere l'andamento di una tale spropriazione.

Poichè i francesi si trovano imbarazzati nell'attribuire un carattere puramente mobiliare alla esecuzione sulle rendite, non sono entrati, io credo, in simili considerazioni. La esecuzione sulle rendite può avere una certa speciale importanza, non si nega, e richiede qualche peculiare ordinamento. Ma qual rapporto oggettivo hanno siffatti diritti con un corpo immobiliare? Alto è il concetto della legge moderna di separare l'*oggetto* dalle *guarentigie* che pure possono avere nell'immobile (articolo 418 del Codice civile), poichè la guarentigia è estrinseca al diritto; non riguarda la sua natura, ma soltanto la sua effettuazione.

3. Il rapporto logico che si è venuto accennando fra le distinzioni del Codice civile e le forme della procedura esecutiva, era già noto in Piemonte prima dell'attuale legislazione; non così nelle provincie meridionali, ove si è sempre osservato il metodo francese. Senonchè il rito si è alquanto ampliato con qualche opportuna varietà per questo genere di cose, veduta che deve attribuirsi all'ultima legge, e appare dal confronto dell'art. 632 col primo periodo del 624. Quindi si è preso un intervallo di venti giorni invece di dieci per l'effetto della vendita, e questo a partire dalla *dichiarazione del terzo*, dichiarazione che, esponendo i documenti e le moltiplici indicazioni ordinate dall'articolo 613, vuol essere studiata e maturata.

Intorno a ciò è da riflettere che se l'intervallo non può esser minore di giorni venti, può ben esser maggiore. La dichiarazione del terzo può suscitare non poche e gravi questioni. La legge lo previde nell'articolo 614. Sono questioni che il pretore non decide mai, *come giudice della esecuzione*, quantunque lo possa come giudice ordinario nei limiti della propria competenza (detto articolo 614). È ben necessario che le controversie prodotte dalla dichiarazione del terzo siano definite onde venire alla pubblicazione del bando.

La *pubblicazione del bando* è atto della parte e non del giudice; nondimeno è del giudice *stabilire il giorno*, l'*ora e il luogo in cui sarà fatta la vendita* (articolo 623). Perciò, a fronte di contestazioni nate dalle dichiarazioni, il giudice sospenderà il provvedimento; e se le contestazioni si presentassero dopo avere ordinata la vendita, si farà istanza al giudice stesso per la sospensione: nè si potrà in altro tempo fare o rinnovare il bando se il giudice non destini di nuovo il giorno della vendita.

Il bando deve restare affisso almeno *otto giorni* in luogo dei *tre* assegnati dall'art. 629.

La disposizione dell'articolo 630 non è interdetta quando si trattasse di vendita di diritti importanti e il luogo non fornisse probabili offerte.

Articolo 634.

La vendita si fa ai pubblici incanti per mezzo di banditore a favore del maggior offerente e a danaro contante.

In difetto di pagamento si procede immediatamente a nuovo incanto a spese e rischio del compratore.

(*) Mi pare di averne anche altra volta dato esempio nel diritto di pignorare cose mobili, immobili per destinazione, in certi casi dell'articolo 586.

Annotazioni.

1. *Del diritto d'offerta. Del creditore offerente.*

L'articolo 1457 del Codice civile proibisce, anche per interposte persone, anche per pubblic'asta, *ai genitori di comprare i beni dei figli soggetti alla sua podestà; ai tutori, protutori e curatori i beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; ai procuratori i beni che sono incaricati di rendere; agli amministratori i beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura*, salva particolare autorizzazione; *ai pubblici ufficiali i beni che si vendono sotto la loro autorità e mediante il loro intervento.* In tutto questo vi è piuttosto un rispetto profondo della moralità che un vero e reale pericolo di abusare di sì delicati rapporti a danno delle persone che si ha dovere di proteggere. Qual danno al debitore il veder entrare in lizza un competitore di più aggravante il prezzo con nuove offerte? Ma la legge, senza guardare un fatto più che l'altro, pronde giustamente in sospetto questa doppia funzione, ove si deve credere l'egoismo avrà la miglior parte, e colla quale si crea una posizione affatto ripugnante.

Il creditore pignorante non ha veruno di tali legami; egli è un avversario dichiarato, è in istato, per dir così, di buona guerra col suo debitore. Nonostante, la legge gli fa una condizione a parte; e, come vedremo all'art. 638, gli concede bensì di acquistare la cosa, ma niente meno che a prezzo di stima.

Sono venuto in questo e in quel luogo investigando se il creditore pignorante possa anche per un momento vestire la giubba di un terzo e venire offerendo alla pubblic'asta. Non ho trovato veruna guida. Questo silenzio è indizio favorevole per lui. Non dirò quanto sia facil cosa ricoprirsi col nome di un altro, ossia mandare altri per voi: la legge, che sopratutto ne tace, non vorrebbe certamente incaricarsi di compulsare una frode in un fatto simile; chè invero non si saprebbe a qual principio di moralità e a quale inviolabile dovere si fosse mancato. Per altro si può rispondere, non essere il creditore pignorante nella condizione precisa di qualunque terzo libero nella sua offerta; egli, volendo farsi aggiudicare gli *oggetti* messi all'asta, deve accettare il prezzo di stima: egli eluderebbe di leggieri questa legge facendosi offerente in una misura qualsiasi. Ognuno sentirà come sia di grandissima forza quest'argomento; e tale è per me, che sono costretto a dire che il creditore non si deve ammettere qual semplice offerente all'asta, almeno per non violare di fronte una legge così tassativa com'è l'articolo 638, checchessia della facile fraude che potrebbe eseguire.

Con tutto ciò io penso ancora non essere assoluta siffatta esclusione del creditore pignorante, *ma soltanto allora che nessun altro oblatore si presentasse.*

Io argomento dall'articolo 638 (sul quale debbo anticipare), ove si parla infatti della *inesistenza di ogni oblatore.* In tal caso, colla gara che sorge, va a svanire ogni temuto pericolo di soffocazione per parte sua. Vi ha di più. Egli avrebbe un interesse legittimo di venire contraddittore di un offerente di vil somma per non essere defraudato dei suoi crediti, interesse vieppiù onestato da quello dello stesso debitore.

E secondo questo modo di vedere, i varii creditori pignoranti non sarebbero ammessi a gareggiare fra loro come offerenti.

2. *Del nuovo incanto.*

a) L'offerta obbliga quando non sia coperta e annullata da un'altra maggiore. Secondo il rigore di questa legge, l'oblatore che viene a comprare senza denari incontra *ipso facto* una obbligazione che sembra irreparabile. E nello stesso atto infatti si dichiara dall'ufficiale esecutore che si va ad aprire un nuovo incanto a *spese e rischio* dell'offerente che non ha pagato. Quel *procedere immediatamente* non significa altro fuorchè una riapertura dell'incanto nello stesso luogo e nello stesso punto. Con furia non minore l'articolo 624 del Codice di procedura francese: « Faute de payement, l'effet « sera revendu *sur le champ* », ecc., e l'abbiamo fatto nostro in successive legislazioni senza badarci troppo. Tal prescrizione toglie di mezzo ogni dubbio su qualunque rimedio a purgare la mora che mai potesse chiedere il mal capitato oblatore. È da credersi che alla stessa udienza, o non potrà rinnovarsi con effetto l'incanto, o sarà il più svantaggioso, attesochè non potriano ripetersi che quelle offerte che già furono superate. Se per ventura il prezzo risulta maggiore, ricade, come è naturale, a profitto dei creditori, mentre la prima delibera si ha come non avvenuta; la differenza, la perdita, pesa sul compratore che mancò al debito suo.

b) L'offerta verbale del prezzo essendo obbligatoria, il danno dell'inadempimento è rappresentato dalla differenza e dalle maggiori spese: nulla di più semplice. *Ma quale autorità scioglierà la vertenza e ordinerà il versa-*

mento della somma? L'ufficiale assistente e, sino ad un certo punto, dirigente gli atti di vendita, già lo ricordiamo, *è un cancelliere* o *un usciere* addetto alla pretura; o il *cancelliere del conciliatore*, o pur anco un *notaio* che il pretore manderà in missione per quest'oggetto (articolo 637). Delegato a semplici funzioni esecutive, senz'abito di giurisdizione, quest'ufficiale non pronuncia condanne, non rilascia ordini di pagamento. È ufficio adunque del pretore, e non altro che suo. Il creditore, o chiunque a cui interessa, gli porgerà istanza in forma incidentale; il pretore destinerà l'udienza e si procederà come di solito. L'oblatore, che la legge ama di chiamar *compratore*, può bene aver delle ragioni per difendersi. Può sostenere, per esempio, a dritto o a torto, ch'egli non fece la pretesa offerta, o non la fece in un modo decisivo, ma sotto certe condizioni; condizioni che non saranno punto accettate, ma permetteranno discutere se l'offerta fosse valida o nulla. Vi è dunque del contenzioso, e l'affare deve riserbarsi alla cognizione del magistrato (*V.* appresso l'articolo 640).

c) Una strana e inavvertita combinazione nascerebbe se fosse sentenziato *la offerta realmente non fatta o nulla.* Non è questa l'ultima ragione per la quale gioverebbe frapporre un intervallo fra l'uno e l'altro incanto.

Non ci potrebb'essere che una conseguenza sola. Il nuovo incanto fu efficace, non vi ha dubbio; il deliberatario che ha pagato non ha nulla ha temere: così esige la fede pubblica. Ma il supposto compratore, che non lo sarebbe, non dovrebbe risponder nè di differenza nè di danno.

d) Quid *se in luogo di aversi una vendita a minor prezzo si avesse un'asta deserta?*

Anche questa combinazione è rimasta inavvertita dagli scrittori. Se vi è danno quando la vendita non si è potuta eseguire che a prezzo minore, molto più vi sarà danno se non siasi più trovato compratore, neppure ad un rinnovamento d'incanto ai termini della prima parte dell'articolo 638.

Qui per altro due ipotesi possono formarsi: 1° *che il creditore domandi l'aggiudicazione* giusta la parte seconda di quell'articolo; 2° *che non la domandi* o *non sia in caso di domandarla* (*).

Noi sappiamo che il creditore non può domandare aggiudicazione che a stima. In tal caso il creditore procedente subentra e riempie il vuoto; e se la stima supera realmente l'offerta caduca, non si vede qual danno rimanga a ripararsi, se ne togli le spese che si ritenesse avere occasionate il difetto dell'offerente (**). Se il creditore aggiudicatario opponesse che egli avrebbe potuto anche esimersi dal chiedere l'aggiudicazione ove colui avesse adempito alla promessa, opino che non varrebbe. Oltrechè non si saprebbe qual conseguenza di danno volesse dedurne, il suo atto non cessa di essere volontario e suppletivo.

Nella seconda ipotesi l'affare diventa assai semplice, quantunque presenti una soluzione molto nuova. *L'offerente rimane*, volere o no, *il compratore definitivo.* E come questo? Perchè non essendosi presentato oblatore alcuno dopo di lui, e non essendovi neppure domanda di aggiudicazione per parte del creditore, egli deve rispondere l'*intero prezzo.* Ma allora è ben naturale, è ben giusto che, pagando il prezzo, a cui si può aggiungere il carico di spese ulteriori o danni del ritardo, è ben giusto, si diceva, ch'egli abbia le cose in corrispettivo del prezzo.

Articolo 635.

Quando la vendita non possa compiersi nel giorno stabilito, è continuata nel primo giorno seguente non festivo.

A quest'effetto basta la dichiarazione che ne è fatta al pubblico dal banditore d'ordine dell'uffiziale incaricato della vendita.

Annotazioni.

Avverto che la *operazione è unica*, come la parola *continuazione* ammonisce; per conseguenza non verrebbe applicabile l'art. 605.

Articolo 636.

L'incanto degli oggetti d'oro e d'argento, e delle gioie non può farsi, se non

(*) Per non essere il solo creditore (dello art. 638).
(**) Ne segue per ragione dei contrarii che se la stima sarà inferiore all'offerta, il danno sarà rappresentato dalla differenza.

dopo che siano rimasti esposti al pubblico almeno due ore nel giorno e luogo stabilito per la vendita.

Gli oggetti d'oro e d'argento non possono vendersi per somma minore del valore intrinseco determinato dalla stima.

Articolo 637.

Gli oggetti d'oro e d'argento rimasti invenduti per mancanza d'oblatori sono dall'uffiziale procedente ritenuti in deposito come danaro per essere nella distribuzione del prezzo assegnati, per il solo valore intrinseco, in pagamento al creditore istante e agli altri creditori.

Annotazioni.

1. Nell'art. 628 si era preordinata l'opera del perito *per la stima degli oggetti d'oro, d'argento e gioie*, colla distinzione del *valore intrinseco* e di quello del *lavoro*. E l'articolo 636 (capoverso), che viene a regolare la vendita, dice che gli *oggetti d'oro e d'argento* non possono vendersi al di sotto del valore intrinseco, e notabilmente tace delle *gioie*, ricordate nel primo periodo. Discretiva che diventa più sensibile col successivo articolo 637 e col seguente articolo 638. Ho trovato le espressioni corrispondenti negli articoli 743, 744, 745 del Codice del 1859, per cui dubbio d'inesattezza non ci può essere. Qual è lo scopo di sì palese separazione, dopo che tutti, *ori, argenti e gioie*, furono guarentiti da una stima preliminare alla vendita? Egli è che gli *oggetti d'oro e d'argento* non possono vendersi al di sotto del loro valore intrinseco; e se le offerte non arrivano a tanto, si abbandona l'asta e si portano sul banco del giudice per essere distribuiti *come denaro* (art. 637). Invece le gioie, e con esse tutti gli ornamenti preziosi che sotto quel nome possono comprendersi, nel primo esperimento d'incanto non si deliberano che *giusta la stima del loro valore intrinseco;* ma nel secondo si cedono a qualunque offerta (art. 638).

Perchè la diversità del metodo?

Il problema che la legge si studia di sciogliere con queste sue misurate e caute disposizioni sembra essere *la maggiore utilità delle vendite ch'essa intende procacciare colla pubblicità e col libero concorso per alcune speciali materie, regolando tale libertà con certe norme più o meno inviolabili di valore, e limitando anche talvolta il diritto stesso dei creditori col subordinarli a un determinato modo di pagamento;* e ne sono esempi gli articoli 619 e 637. Ma quando sia a temersi un certo sagrificio per parte dei creditori, una certa soverchia pressione, la legge si arresta, e lascia andare le cose comechè possa tornare a svantaggio del debitore, che infine del proprio male è la causa.

Con questi sottili avvedimenti la legge ha scorto, che si poteva evitare una vendita disastrosa *degli ori e degli argenti*, assegnandoli agli stessi creditori per la nota del *valore intrinseco, che si reputa costante nelle transazioni commerciali.* Tali cose, che sono di un lusso che si direbbe comune, oltre il servizio che rendono, sono assai facilmente alienabili. Le *gioie*, merce più ricca e, se mi si passa il termine, più bizzarra e capricciosa, che ha un men solido nucleo di valore intrinseco (*V.* il commento all'articolo 628), le *gioie* sarebbero di evidente imbarazzo ai creditori cui fossero assegnate, li forzerebbe ad acquistare contro volontà oggetti del gran lusso: questa considerazione ha fatto nascere l'articolo 638. Il giusto timore della grave iattura che può incontrarsi in tale deliberamento, accordato sopra qualunque offerta, si attenua dal considerare che se poi le gemme fossero di sì cospicuo pregio quale si suppone, il debitore, senza difficoltà, avrebbe potuto esitarle e pagare il suo debito.

2. Può immaginarsi che in luogo di pezzi d'oro o d'argento, misti a denaro, che pone sotto la mano del giudice distributore i mezzi di facili assegnazioni, si tratti di un solo capo, di un orologio, di una lampada, di un vaso, e via discorrendo; e che i creditori siano più. La legge romana suggerisce il rimedio, l'*adjudicatio* (Leggi 22 § 1, 44 § 1, 55 Dig. fam. ercisc.). La norma per altro è più direttiva che precettiva, eziandio fra gli eredi. Dalla quale considerazione viene il considerare come abbia ad intendersi l'articolo 637; se cioè sia *facoltativo* od *obbligatorio*. Secondo le premesse osservazioni, deve ritenersi obbligatorio, vale a dire, non potere il giudice prescindere dall'applicarlo *quando concorrano termini abili alla sua applicazione.*

Un solo creditore cui è dato in pagamento un magnifico servizio da tavola in oro (che compone un sol tutto) non sarà scontento di acquistarlo pel valore intrinseco del metallo anche dovendo sborsare qualche somma a conguaglio. Ma *figurandoci più creditori*, quale di essi si destinerà aggiudicatario? Sarà giustizia costringerlo alla compra coll'obbligo di sborsare la quota dovuta agli altri creditori? A tanto non si estende, io credo, la disposizione un po' riguardosa ed eccezionale dell'articolo 637. Si dovrebbe finire coll'ordinare la vendita dell'oggetto che non può dividersi in parti (*V.* articolo 652).

Articolo 638.

Quando all'incanto degli altri oggetti stimati, e delle gioie non si presentino oblatori, o le offerte siano inferiori alla stima, si procede a nuovo incanto nel primo giorno seguente non festivo, nel quale sono venduti al miglior offerente ancorchè l'offerta sia inferiore alla stima.

Lo stesso ha luogo riguardo agli oggetti non stimati, per i quali non si presentino oblatori, sempre che, essendovi un solo creditore istante, questi non preferisca riceverli in aggiudicazione al prezzo di stima, da farsi per mezzo di perito nominato dall'uffiziale incaricato della vendita.

Per questo incanto si osserva la disposizione del capoverso dell'articolo 635.

Annotazioni.

1. Oltre le *gioie*, del qual genere si è parlato a sufficienza, qui troviamo nello stesso ordine contemplati *gli altri oggetti stimati*. Evidente è il richiamo all'articolo 623. Ivi è chiara la facoltà attribuita al pretore di ordinare la stima di quegli oggetti *per i quali la creda necessaria*. In quel luogo si è per noi osservato che siffatte stime hanno un'indole piuttosto *direttiva:* con questo si fa un certo vantaggio al debitore, mentre si rischiara la verità agli oblatori. Eccone l'esempio: al secondo incanto la stima ha perduto ogni vigore imperativo.

E qui pure sembra a noi si precipiti un po' troppo, continuando l'incanto senza nuove pubblicazioni.

2. Il creditore, se è solo (perchè fra diversi competitori non si saprebbe a quale dare la preferenza), può domandare l'aggiudicazione *a prezzo di stima*. Ma a quale stima? A quella che fu già eseguita per ordine del giudice secondo l'art. 623, qualora vi sia. E qualora la stima non sia stata fatta, chiedente il creditore, si ordina dall'*ufficiale incaricato della vendita*, che nomina il perito.

Questo diritto di aggiudicazione del creditore si frappone ponderatamente dalla legge fra l'incanto deserto e quello che sta per rinnovarsi. Prima dello esperimento si può nutrire speranza di un prezzo vantaggioso. Caduta la speranza, e nel timore di peggio, è bene accettabile l'acquisto che vuol farne il creditore medesimo a stima.

Pertanto se la stima esiste, sarebbe strano, e dirò ancora sconveniente, doversene fare una nuova: e così ritengo, benchè il capoverso dell'articolo non sia invidiabile per chiarezza. *Ma la stima da farsi sarà la stima reale* o *a largo estimo*, per così esprimermi, con certo riguardo dell'aggiudicatario forzato all'acquisto pel minor male? Potrebbe insinuarsi simile credenza dal vedere che, trattandosi di quegli oggetti che sono stimabili per decreto di legge (articolo 628), si determina una misura inferiore all'ordinario valor venale. Altre procedure tennero conto di questa situazione (*); ma effettivamente il nostro articolo non accenna che alla stima ordinaria. Considerata come una facoltà, l'aggiudicazione non impone carico al creditore.

3. *Può l'aggiudicatario creditore ritenere come deposito giudiziale il prezzo sino alla somma corrispondente al suo credito, o rimane egli pure soggetto al rigoroso disposto dell'articolo* 634? (**).

Non trovandosi veruna eccettuazione in proposito, questo aggiudicatario dovrà subire la legge comune. Soltanto non potrebbe a lui applicarsi la sanzione della decadenza espressa nel prefato articolo.

(*) Regolamento romano, §§ 1345, 1347.
(**) Il § 1348 del citato Regolamento faceva abilità al giudice di così ordinare.

Articolo 639.

Per la vendita delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato, si osservano le disposizioni delle leggi speciali.

Per la vendita delle azioni industriali il pretore può ordinare le forme speciali che creda opportune.

Annotazioni.

1. *Del pignoramento e vendita delle azioni industriali.*

Precedenti storici. — Dibattendosi nel 1842 nel Parlamento francese la riforma legislativa sul sistema della espropriazione giudiziale, la Commissione della Camera dei deputati ebbe a notare la incongrua distanza in cui la procedura esecutiva era rimasta verso il rapido progresso industriale, mentre alle nuove e variate forme dei diritti, e alle nuove combinazioni degli interessi, più non rispondeva la vecchia formola, e che per lo meno avrebbe dovuto ampliarsi. « Nous voulons parler, si diceva, des actions dans les sociétés « anonymes ou en commandite. Aucune forme « spéciale n'est tracée par la vente judiciaire « de ces valeurs, lorsqu'un créancier les trouvant dans les biens de son débiteur veut en « faire le subjet de ses exécutions. Dans les « circonstances rares qui se sont presentées « où de pareilles exécutions avaient lieu, les « tribunaux ont suppléé au silence de la loi « en prescrivant des modes différents de vente; « ces modes ont consisté tantôt à opérer la « vente aux criées devant le tribunal, tantôt « à charger de ce soin, soit un agent de « change, soit un notaire. Il a été constaté « de l'emploi du premier de ces moyens, le « plus solennel cependant, un préjudice grave « est resulté par des parties intéressées; des « actions de la banque de France ont été « ainsi vendues à un quart au dessous du cours « de la bourse. Il a été conclu de ces faits, « que dans la loi présente cette lacune de la « législation pourrait être remplie; et qu'il « suffirait de déclarer que les formes qu'elle « indique s'appliqueraient aussi aux actions « dans les Compagnies de finance, de com« merce et d'industrie » (*Rapport* fait à la Chambre des députés le 6 mai 1842).

La Camera dei Pari, pur facendo testimonianza di questo pubblico bisogno, proponeva o mostrava almeno desiderare di più che una estensione o una semplice riforma delle leggi esistenti. La Commissione della Camera dei deputati ne andò persuasa. Essa pure riconobbe che si entrava in un ordine d'idee affatto nuovo. Se la rendita (quale se l'era figurata il Codice di procedura) *repose sur la tête d'un tiers qui la doit*, le azioni sono al solito *al portatore*. Quanto alle *azioni nominative*, osservavasi, grave difficoltà sorgere dall'interesse degli altri azionarii che non devono mettersi al rischio di ricevere quasi dall'azzardo un socio inviso senza prendere almeno opportune cautele. La legislazione era ancora da crearsi; e non era in quella occasione in cui trattavasi di modificare una legge nata ad uno scopo tutto diverso che dovevasi discutere di grave argomento. E qui si fece punto, e la giurisprudenza fu abbandonata a se stessa.

Ciò che la pratica mostrò di più positivo si fu la inapplicabilità del rito assegnato all'incanto di cose mobili od immobili, di altre rendite ed azioni; si travide qualche cosa di speciale e *sui generis* nell'affare delle azioni commerciali e industriali, e si andò cercando un appoggio, una regola.

Ma in che consistevano le pratiche difficoltà del soggetto?

In fatto di rendita, diceva il Relatore della Commissione alla Camera per respingere l'emendamento di Persil, in fatto di rendita costituita la legge esiste. Ma in fatto di *azioni* (industriali) ove si farà la vendita? In cospetto del tribunale con lunga e dispendiosa procedura? Avanti notaio, alla Borsa, per mezzo di agenti di cambio? E al corso di cambio? Tutt'altra via dunque da quella che è tracciata; procedimento economico sin qui sconosciuto, e quale il commercio esige. Osservando che un sistema tanto diverso dai precedenti non poteva in certo modo improvvisarsi, aggiungeva, che senza voler fare un programma, poteva già prevedersi come avrebbero dovuto distinguersi e classificarsi le azioni secondo la varia loro importanza e natura, e secondo l'interesse commerciale e industriale che in esse si contiene. Un particolare esame dovrebbe dedicarsi a quelle azioni in cui stabilimenti industriali, associazioni, ovvero minori interdetti e corpi morali fossero interessati. Non basta. Le *azioni* che stimate potersi alienare colla forma delle rendite costituite, o presso a poco, sono suscettibili non solamento di cessione e quindi di facile trasporto, ma

eziandio di una trasformazione ben meritevole di studio, mentre l'azione ora è in questo momento *mobiliare*, domani, tra un quarto d'ora, diventerà immobiliare, se la Società cessa di esistere. Più. L'azione potrà esser venduta per via di giustizia, sta bene; ma a quale scopo, se l'azione non fosse di natura sua trasferibile ad altri? Io non comprendo, continuava l'onorevole Relatore, come possa accettarsi aggiodicatario in una società di commercio colui che non sarebbe accettato quale cessionario; or dunque non sarà egli mestieri veder prima se tale nuovo socio possa alla società imporsi? Non si dovrebbe riportare l'assentimento dei socii? Tutte cose degne di essere meditate, futuri ostacoli non lievi alla legge da farsi.

Mentre si aspettava una legislazione della quale senza dubbio si esagerava l'importanza, il meglio a fare era riportarsi alla saggezza del magistrato. La Corte di Parigi, in una notevole sentenza, considerato che una regola determinata di vendita per i diritti incorporali, e per le azioni industriali non esisteva in Francia, « dès lors, diceva, c'est aux juges à « régler le mode *dans leur sagesse, suivant l'in-* « *térêt des parties* » (2 mai 1811, *Journal du Palais*, 3ª ediz, tom. II, pag. 298).

2. *Dell'attribuzione e competenza del pretore.*

Sino al presente Codice pare che l'eco di quelle discussioni non giungesse all'orecchio del legislatore. Io non dubito che una volta che vi si è posto mente, il soggetto non sia stato meditato col soccorso di tutti quei lumi che somministrano le tanto progredite condizioni del commercio. Eppure da tanto studio non è uscito che questo semplicissimo dettato, *il pretore può ordinare le forme speciali che creda opportune.*

Può tuttavia sospettarsi che sotto una formola arbitraria si nasconda una grave questione d'incompetenza. Siamo avvertiti per le solenni trattazioni di questa materia che abbiamo trascorse, che il metodo della vendita delle *azioni industriali* inchiude necessariamente una cognizione di diritto, senza cui non potrebbe regolarsi, talmente che si preconizzava una legge elaborata per provvedere a tutto. Se questo è un bisogno reale della giustizia, dev'essere d'ogni tempo; dev'esserlo tanto più oggidì, nella più estesa sfera dei commerci e delle combinazioni industriali. E allora può bene dubitarsi come il pretore, magistrato d'ordine, che in materia esecutiva esercita un potere piuttosto amministrativo che deliberativo, a cui la naturale competenza è sì limitata, potesse anche entrar giudice delle controversie che fossero per nascere sulla definizione dei prefati diritti.

Ma occorre indagare se quei dotti francesi non abbiano errato, portando sopra un semplice regolamento di vendita questioni che forse non vi hanno rapporto.

Ripigliando il discorso alquanto più indietro, le *azioni industriali* (poichè non dobbiamo fuorviare dalla materia testuale) possono pignorarsi in due maniere: coll'apprendere che fa l'usciere presso il debitore i titoli o cedole che le comprovano, e questi, consegnati alla giustizia, sono venduti all'incanto per quello che valgono; ovvero mediante *pignoramento* o *sequestro in mano di terzo*, onde poi si rende necessaria la di lui dichiarazione. L'esito ordinario di un pignoramento di questa seconda maniera è l'assegnazione del credito; non è tolto che il diritto possa anche vendersi. Imperocchè i disposti degli articoli 619 e 620 sono applicabili eziandio al fatto delle *azioni industriali*, coi temperamenti d'opportunità e di ragione.

Lungo la via contestazioni serie possono nascere senza dubbio, e provocare attriti di competenza. Il terzo fa una dichiarazione che non soddisfa nè il pignorante, nè il debitore. Egli nega che questo pignorato sia un socio; o nega il suo contributo sociale; o stravolge le convenzioni per attenuare i di lui diritti; o sostiene la sua decadenza o la intrasmissibilità delle azioni. Ecco delle questioni che mettono in problema la esecuzione e il profitto che se ne spera. Alla decisione di simili controversie che scaturiscono dalla dichiarazione del sequestratario, la legge ha già provveduto nell'articolo 614. Uscendo il giudizio dal regolamentare della esecuzione, e portandosi sul diritto, la competenza è desunta dal *valore*.

Noi possiamo anche supporre che una questione tendente ad influire sulla vendita, si presenti *sotto forma di opposizione* (art. 647). Si vede annunciato che le tali azioni sociali, nominative o no, che sono possedute da Tizio, saranno vendute all'asta. La Società si oppone; si vuol provare che il preteso socio si trova in uno dei casi di esclusione prevedute dall'articolo 124 del Codice di commercio, o che le azioni sono state estinte, o che non appartengono a quella Società. La cognizione di simili questioni sfugge al pretore, almeno come giudice dell'esecuzione; il tribunale civile al quale sono rinviate, potrà anche in certi casi rimetterla al tribunale di commercio, secondo i principii generali della competenza.

Così alle varie contingenze fornito il rime-

dio, questo puro e semplice regolamento della vendita può essere lasciato senza pericolo al senno, alla prudenza del pretore.

Decretando la vendita giusta l'articolo 623, *egli non arbitra che sulle modalità che crede più opportune* nella circostanza: ma in ciò il suo arbitrio è illimitato. Egli dispone, per esempio, che le cartelle, i titoli, le azioni siano vendute o coi soliti mezzi, o piuttosto siano negoziati alla Borsa per mezzo di un agente di cambio ch'egli deputa; in un tempo piuttosto che in un altro, secondo volga più o meno promettente il corso dei cambii, o le determinate azioni siano più o meno in credito. Onde può anche prescindere dal rito delle pubblicità, prestandoci evidente analogia l'art. 610 sulla vendita dei frutti. Vi è in questa legge così semplice un tratto di esperienza che bisogna riconoscere, un ricordo degl'inconvenienti che si lamentarono altre volte (*), e che si vorrebbero evitare; l'incarico affidato al pretore è più delicato che difficile.

Il pretore non si occupa delle conseguenze. Se i titoli sono al portatore, nessun intralcio può seguirne. Se trattasi di azioni sociali, la legge determina che « i creditori personali di « un socio, finchè dura la società, non possono « far valere i loro diritti che sulla quota di « utili spettanti al medesimo, come risultato « del bilancio sociale, e sciolta la società sulla « quota al medesimo spettante sullo stralcio » (articolo 110 del Codice di commercio). Cessa la ingerenza sociale del socio spropriato: ecco tutto. Se questo fatto importasse anche lo scioglimento della stessa società, ciò spetterebbe alle conseguenze: le conseguenze sono di diritto, e non devono preoccuparsi in un regolamento di vendita. Invero il metodo è molto semplificato da quello che apparve altre volte. Bisogna convenire che le leggi che hanno una missione operativa e dànno agli affari un moto, che sfuggito al consenso delle parti diventa necessario, hanno d'uopo del ben inteso concorso delle altre parti della legislazione; e solo in questa armonia di tutto il sistema può sperarsi una giustizia facile e sicura.

Articolo 640.

Quando il prezzo risultante dalla vendita di una parte degli oggetti pignorati sia sufficiente per il pagamento del credito dell'istante e degli opponenti, se vi siano, e delle spese, si soprassede alla vendita degli altri oggetti che saranno restituiti al debitore.

Annotazioni.

Due maniere di opposizioni noi conosciamo: *quella che ha carattere di pignoramento;* quella che può chiamarsi semplice, *che spiega la sua efficacia sul prezzo e sulla sua distribuzione.* La prima soltanto esprimendo una vera consociazione al pegno, rende passibile la materia pignorata di tutto il carico che le viene imposto dalle pignorazioni cumulate. Se all'incontro alcuno oppone che sul prezzo della vendita devono esser prelevati a suo favore certi diritti di privilegio ch'esso pretende, la sua pretesa è contenuta in quello stesso pignoramento e nel valore effettivo che è per risultarne, e non aggiunge materia nuova (**). Contuttociò l'ufficiale esecutore abuserebbe della sua un po' troppo estesa facoltà, se non tenesse conto di ogni sorta di opposizioni comparse prima della vendita, per la ragione che esse valgono o possono valere (chè qui è lo stesso) ad assottigliare il prezzo a danno del creditore pignorante.

Non è prescritto a quali specie di mobili abbia a darsi preferenza nella vendita. Questa che potrebbe chiamarsi economia della operazione, è uno degli attributi dell'uffiziale esecutore. Per lo più i gruppi delle diverse specie si dividono in *lotti* e se ne fanno vendite separate, talvolta complessive: regola e norma la proposizione del bando.

Abbia cura l'ufficiale di dare una certa larghezza a' suoi calcoli: non lieve risponsabilità gli è imposta. E si astenga da qualunque giudizio sul diritto degli opponenti, chè a lui non spetta; egli deve sempre presumerlo.

(*) « Il signor D'Argent, si scrive nel *Commentario del Codice sardo*, tom. v, part. 1, pag. 331, nella discussione più volte citata del 1811 nella Camera dei Pari il 29 marzo, narrava come essendosi pignorate alcune azioni di banca, e il tribunale, per difetto di legge speciale, avendone ordinata la vendita all'incanto innanzi a se medesimo, quelle azioni furono alienate per franchi 76,000, mentre quel giorno medesimo, secondo il corso segnato alla borsa, avrebbero ivi dato il prezzo di franchi 100,000 ».

(**) I crediti pei quali si effettuano più pignoramenti, rappresentano una *somma*; un prelievo, un diritto di compartecipazione sul prezzo è una *sottrazione*.

Articolo 641.

Il processo verbale si fa sul luogo della vendita, e contiene:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, giorno, e dell'ora della vendita, e delle rimessioni ad altri giorni e altre ore;

2° Il nome e cognome del creditore istante;

3° Il nome e cognome dell'uffiziale delegato per la vendita, e del banditore;

4° La ricognizione degli oggetti pignorati fatta in presenza del custode dall'uffiziale delegato, in confronto col processo verbale di pignoramento;

5° Il nome e cognome del debitore, e la menzione se sia stato presente alla vendita;

6° Il nome e cognome dei compratori, e il prezzo degli oggetti venduti.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti interessate presenti, dal banditore, e dall'uffiziale delegato. Se la vendita non sia compiuta di seguito, il processo verbale deve essere sottoscritto a ogni interruzione.

Articolo 642.

L'uffiziale delegato è personalmente risponsabile del prezzo degli oggetti venduti.

Non può ricevere dai compratori alcuna somma oltre quella indicata nel processo verbale, altrimenti è reo di concussione.

Annotazioni.

1. *L'esser risponsabile del prezzo degli oggetti venduti* significa forse che l'uffiziale delegato si ritiene avere ritirato il prezzo, senza riguardo a qualunque nota da lui fatta sul verbale che il prezzo non fu pagato; ovvero risponde quale garante legale del deliberatario?

Delle opinioni severe si manifestarono su questo punto sino da vecchi tempi in cui vigeva in Francia l'Ordinanza del 1667. Rodier (all'articolo 17 del titolo 38) sosteneva che il pubblico ufficiale che aveva rilasciato i mobili al deliberatario senza ritirare il prezzo dovuto, era risponsabile di forma ch'egli dovesse versarlo del proprio, senza rivalsa contro il deliberatario che si presumeva aver pagato. Nè si faceva grazia al funzionario di qualunque annotazione contraria avesse fatta inserire nel processo verbale, per lo sospetto di abuso, e, in sostanza, di furto. Al quale avviso si accostava Jousse, l'altro non meno celebre commentatore della Ordinanza, affinchè non fosse lecito ad un usciere l'esigere il prezzo due volte. Duparc-Poullain non divideva questa opinione, alla quale però si aggiunse l'autorità del Carré (nota all'articolo 623 del Codice di procedura francese) e di altri scrittori.

La formola di questa legge, non diversa da quella del Codice francese, è certamente improntata di rigore. L'interesse pubblico lo esige. Noi non esitiamo a dire che l'uffiziale incaricato della vendita è costituito debitore immediato e diretto del prezzo che non gli è stato pagato, come se gli fosse stato pagato. Ch'egli non abbia azione d'indennità contro il deliberatario, ciò sarebbe intollerabilmente ingiusto. Del resto la presunzione del pagamento deve cedere alla prova contraria del verbale che sarà sottoscritto dal compratore.

2. *Della risponsabilità del procedente per i fatti dell'usciere o di altro ufficiale pubblico.*

Altra volta si disputò se il creditore procedente fosse risponsabile dei fatti dell'usciere o di altro pubblico ufficiale, che per sua istanza eseguisce atti spropriativi. Una risponsabilità esiste, ma bisogna distinguere.

Ci sono realmente degli atti della procedura esecutiva nei quali l'usciere agisce come mandatario della parte. Tal è il pignoramento dei mobili. Le intemperanze, gli errori dell'usciere si scontano dalla parte verso l'oppignorato, salvo il ricorso per indennità contro l'usciere medesimo. Finita la operazione del pignoramento, e tornata regolare, cessa la risponsabilità personale del creditore; comincia quella del custode, divisa sino a un certo punto dallo stesso usciere che lo ha nominato.

Da quel momento gli oggetti sono consegnati alla giustizia; o trattisi della loro conservazione o del prezzo che li rappresenta, il creditore può esser esposto a pericoli e danni non meno di ogni altro interessato, ma egli non è più personalmente risponsabile. Nell'opera del pignoramento, l'usciere, come dissi, ha qualità di mandatario, sebbene di un mandatario legale, che oltre il mandato esercita una funzione, ed è scelto di necessità in una classe a cui l'autorità di quella funzione è demandata. Dopo ciò, altre può l'usciere esercitarne nel corso della procedura esecutiva, fra cui quella di regolare la vendita, ma allora, come ogni altro uffiziale pubblico, esercita solamente un atto del suo ministero, una funzione (DALLOZ, v° *Saisie-exécution*, n° 338).

Ho detto che il creditore procedente è risponsabile del fatto dell'usciere in ordine al pignoramento, ma è d'uopo distinguere ancora; fra quegli errori cioè, e fatti dannosi che l'usciere si ritiene commettere *nella sua qualità di mandatario*, e quei fatti colpevoli che può commettere *per abuso della sua qualità di uffiziale pubblico*. S'egli arraffa cose pignorabili e non pignorabili, le manomette nell'apprenderle, viola le forme della procedura; agisce ancora nella prima qualità; il creditore ne risponde. Se collude col custode, se s'impadronisce degli oggetti oppignorati, se per colpa lata, prossima al dolo, li espone a deperimento, è un funzionario che abusa della sua podestà. Egli ne rende conto alla legge come alle parti danneggiate: ma il creditore non ne assume, neppure sussidiariamente, la risponsabilità. E perchè questo? Se in effetto l'usciere è proceduto a quegli atti quale mandatario di lui, poichè non avrebbe avuta facoltà propria per farli, come adunque non persevera sino al termine, e per ogni suo fatto, la risponsabilità del mandante? Essa è limitata dai fatti personali e dolosi dell'usciere, perchè trattavasi di un *mandatario necessario*, perchè trattavasi di persona *rivestita di carattere ufficiale*, nella cui onestà e probità il creditore aveva diritto di porre fiducia.

3. *Della concussione dell'ufficiale delegato.* La legge civile non vuole sostituirsi alla penale, non può farne le veci. Il capoverso del nostro articolo significa sol questo, che *l'ufficiale delegato che ha ricevuto alcuna somma non indicata nel verbale*, è rinviato al giudizio penale come imputato di concussione. Ossia è consegnato agli ordini del pubblico Ministero, che potrà istituire un giudizio penale. Non si deve però dimenticare, che per l'articolo 245 del Codice penale, tuttora vigente, non è reo di concussione se non quel funzionario che riceve od esige *dolosamente*; è chiaro che un pagamento in più potrebb'essere fatto per errore, che pur si dovrebbe giustificare.

Articolo 643.

Quando il credito in capitale, interessi e spese, nel giorno in cui si procede al pignoramento non ecceda lire trecento, o gli oggetti pignorati, sebbene per credito maggiore, non eccedano il detto valore, e non vi siano altri pretendenti, è in facoltà del creditore di farseli aggiudicare.

A quest'effetto l'usciere nomina un perito affinchè proceda alla stima degli oggetti, e li aggiudica al creditore istante sino alla concorrenza del suo credito e delle spese. Quanto agli oggetti d'oro e d'argento l'aggiudicazione si fa per il valore intrinseco determinato dalla stima.

Si fa risultare di tutto dal processo verbale.

Articolo 644.

Non ostante l'aggiudicazione, l'usciere provvede per la custodia degli oggetti aggiudicati a norma dell'articolo 599, salvo che sia altrimenti convenuto tra le parti.

Il debitore ha diritto al riscatto entro giorni dieci dalla data dell'atto, se sia stato presente, o da quella della notificazione di esso in caso contrario, pagando la somma intiera per cui furono aggiudicati gli oggetti.

Durante il termine del riscatto chi agisce in rivendicazione, deve conformarsi alla disposizione dell'articolo 647.

Annotazioni.

1. La facoltà di farsi aggiudicare i mobili oppignorati a valore di stima è stata già impartita al creditore pignorante dall'art. 638. Non può essere una ripetizione di quel disposto; dev'essere qualche cosa di diverso. La giacitura di quest'articolo, l'essere precedute dalla descrizione del processo di vendita, può destare il dubbio se l'aggiudicazione presente non sia supplementaria, ammissibile cioè dopo gli esperimenti d'asta, e in difetto d'oblatori. Ma non si tarda a vedere che la disposizione è affatto eccezionale e limitativa dell'ordinario procedimento.

La podestà di accordare l'aggiudicazione è attribuita all'*usciere*, e s'intende all'usciere che ha praticata l'oppignorazione. Seguirà una domanda, base dell'esercizio d'ogni giurisdizione: la domanda sarà verbale. La sua prova risulta dallo stesso processo verbale.

Evidentemente questo modo quasi famigliare di pagamento giudiziale, è sostituito alla vendita. La tenuità dell'oggetto ha consigliato questa economia. Dunque non sentenza di vendita, non pubblicazione del bando (*).

Tale operazione adunque si fa all'insaputa del pubblico; e persino ignorante il debitore, se la ragione, poichè la legge tace, e lo spirito generale della legislazione non ci obbligasse a credere che il debitore dev'essere avvertito e della domanda del creditore e della stima che va a farsi, altrimenti si permetterebbero sotto colore di transazione economica ben gravi abusi. Per altro il correttivo è posto nell'articolo 644 e nella facoltà di riscatto lasciata allo stesso debitore.

2. *Sul modo e sul tempo* si può fare qualche avvertenza. Tutto va alla semplice. L'usciere non farà un decreto, ma chiamerà un pratico, il quale, sul luogo, alla vista degli oggetti, emetterà il suo parere. Senza muoversi da luogo, l'usciere raccoglie il parere del pratico e lo registra nel processo verbale; e dichiara che in seguito di esso ha fatto l'aggiudicazione al creditore in conformità dell'articolo 643. Il processo verbale è come ogni altro processo verbale: descrive quello che si fa: è sottoscritto necessariamente dall'usciere e dall'aggiudicatario.

Qualche difficoltà ci può essere in ordine al tempo. Forsechè non vi è alcun intervallo fra l'atto del pignoramento e l'aggiudicazione? E lo stesso atto potrà contenere la duplice operazione? Nulla è scritto; ma se è vero che *l'aggiudicazione è un modo di soluzione del pegno sostituito alla vendita pubblica*, ravvicinando il disposto dell'art. 624, dovranno trascorrere *dieci giorni dal pignoramento*. È un comodo, un respiro concesso al debitore sopraffatto dalla esecuzione sul suo mobiliare, spesso il più necessario. Vi sarebbe della soffocazione. Nè si reputa compensato dall'altro termine che ottiene dopo l'aggiudicazione, che ha un oggetto distinto, il *riscatto* della proprietà che si è già perduta.

A tale interposizione di un termine fra un atto e l'altro conferisce anche quella condizione dell'articolo 643, *che non vi siano altri pretendenti*. Un certo spazio allo sviluppo di simili manifestazioni bisogna lasciarlo. Ben potrebbero incrociarsi, per così esprimermi, i pignoramenti, e cadere contemporanei sulle cose stesse, ma potrebbero eziandio comparire successivi, giusta la previdenza dell'art. 598. Avvertasi che le pretensioni di cui si parla nell'articolo 643, possono dimostrarsi anche *per semplice opposizione*. L'usciere, che non è un giudice, dal sorgere di una opposizione qualunque è privato ad un tratto della sua attribuzione esecutiva.

E ne consegue allora che, non potendo aver luogo questa aggiudicazione compendiosa, il procedimento esecutivo avrà il suo corso ordinario.

3. *Nel corso dei dieci giorni* (articolo 644) ulteriori opposizioni possono presentarsi.

Ma di qual genere? Di quelle che hanno per oggetto la rivendicazione, nessun dubbio, essendo specialmente dichiarato nell'art. 644. È palese che la relativa domanda è diretta al pretore secondo l'articolo 647. *Che si dirà delle altre opposizioni*, che giusta l'articolo 646 *si fanno sul prezzo?* Si respingono forse? non sono ammissibili? Basterà dire che l'aggiudicazione è avvenuta; che la proprietà è già trasportata nel creditore oppignorante; che il termine dei dieci giorni è semplicemente una comodità del debitore per effettuare il riscatto? Da tenue disposizione controversia non lieve.

In contrario si dirà che la giustizia parla a

(*) Ritengo che la stima non sia giurata. La legge non fa cenno di *giuramento*, mentre lo richiede nel caso dell'articolo 628. L'usciere non avrebbe autorità di riceverlo. Sorgendo contraddizioni e reclami del debitore, giusta le osservazioni che farò intorno all'articolo 611, il perito potrà anche astringersi a giurare.

Digitized by Google

favore degli opponenti. Se i mobili sono il pegno del creditore che se lo fa aggindicare, lo sono altresì, e più ancora, di altri creditori a lui prevalenti; dei creditori privilegiati. L'aggiudicazione esiste, ma non è definitiva; il riscatto e le domande vindicatorie la risolvono; d'altra parte l'articolo 646 è generale; bisognerebbe trovare una limitazione espressa nella legge, limitazione che non è scritta.

Eppure io debbo decidermi per quel sistema che si regge piuttosto alla forma, e mettere in disparte codeste considerazioni ben rilevanti. È una procedura *sui generis*, affatto eccezionale, di studiosa brevità e semplicità. L'aggiudicazione è definitiva, salvo il riscatto che è un beneficio personale al debitore. L'opponente è posto in linea coll'oppignorante, ma allora soltanto che l'opposizione precede l'aggiudicazione (articolo 643). È ammessa la vendicatoria; vale a dire l'esercizio del diritto di proprietà, per una ragione assai potente. Che il possesso dei mobili passando nell'aggiudicatario, gli varrebbe titolo di proprietà (articolo 707 del Codice civile) e impedirebbe ogni rivendicazione successiva (*).

Del diritto di ricorso e di appello.

L'esercizio del diritto di riscatto sarebbe l'approvazione formale del giudizio dell'usciere. Ma il debitore può sentirsene gravato. Mobili di un valore superiore si sono assegnati al creditore che ne fa un guadagno illecito a scapito del debitore medesimo. Un quadro che si crede di gran pregio, è stato mal giudicato dal perito; il debitore crede che la vendita pubblica potrà suscitare utili gare. Ricorre al magistrato, al pretore. Mal compreso da lui, ha dalla legge il diritto di interporre appello (articolo 156).

CAPO VII.

DELLE OPPOSIZIONI E DELLE DOMANDE IN SEPARAZIONE DEI MOBILI PIGNORATI

Articolo 645.

La vendita e gli atti che la devono precedere non possono essere sospesi per la opposizione del debitore, se non sia ordinato dall'autorità competente.

Annotazioni.

Qui si confonde alquanto il linguaggio col molteplice uso della parola *opposizione*. Essa dovrebb'essere riservata a significare le contraddizioni che sorgono per parte dei terzi contro l'azione del pignorante, ora per menomarne gli effetti colle distrazioni, ora col fargli contrasto sulla distribuzione del prezzo. La *opposizione del debitore* consiste nelle eccezioni che viene proponendo contro la procedura, contro la sua forma, contro gli indebiti pregiudizi che gli arreca. A cominciare dal precetto sino alla vendita, ognuna delle operazioni giudiziarie potrebbe venire sturbata dai tentativi naturali alla sua posizione: il debitore oppignorato ha la più decisa tendenza alle questioni di nullità. La legge taglia corto; ma non si escludono le contingenze gravi onde l'*autorità competente* possa anche decretare la sospensione. Vedremo, parlando dell'art. 647, quale sia l'autorità competente.

Articolo 646.

I creditori, ancorchè privilegiati, non possono fare opposizione che sul prezzo della vendita.

(*) È chiaro che se si ammettessero opposizioni sul prezzo, l'aggiudicazione dell'articolo 643 non avrebbe più luogo; ma soltanto potrebbe aver luogo, piacendo al creditore pignorante, quella dell'art. 638 dopo lo sperimento d'incanto.

L'atto d'opposizione deve esprimerne i motivi, e contenere l'elezione, o la dichiarazione di domicilio o di residenza, a norma dell'articolo 563.

Esso è notificato al creditore istante, al debitore, e all'uffiziale incaricato della vendita; in difetto l'opposizione non è efficace.

Annotazioni.

1. *Del diritto di opposizione.*

La opposizione è per causa di credito o *per causa di proprietà*, di cui tratta l'articolo che segue. La *opposizione per causa di credito* si manifesta in più modi; o con atti di contemporaneo o di successivo pignoramento (art. 598); ovvero con atti semplici, manifestazioni di pretese dirette a compartecipare del pegno sul prezzo che è per risultarne dopo la vendita. La opposizione per via di compignoramento ora ha l'effetto di associazione, come si è detto più volte, riunendosi le due esecuzioni, il che fu spiegato al suddetto articolo 598; talvolta la seconda esecuzione, indarno tentata perchè preceduta da altra ch'ebbe il suo compimento, si risolve *in opposizione sul prezzo*, ove non si trovi altra materia pignorabile, chè allora si forma un nuovo pignoramento.

« Questa opposizione, insegnò POTHIER, tende « a farsi pagare sul prezzo delle cose seque- « strate, sia per privilegio se sono opponenti « privilegiati, sia per concorrenza, sia almeno « per farsi pagare con ciò che rimarrà dopo « che il sequestrante sarà stato soddisfatto, nel « caso che quel sequestrante abbia diritto di es- « sere pagato preferibilmente agli opponenti. « Da ciò risulta che i creditori opponenti diven- « tano in qualche modo sequestranti (*); e ne « nasce: 1° che, invece di arrestare il corso del « sequestro, la loro opposizione farebbe sì che, « se il sequestratario tardasse dopo il tempo « prefisso dalla Ordinanza (**) a procedere « alla vendita, l'uno dei creditori sarebbe in « diritto di citarlo, perchè gli fosse intimato « di farlo, e mancando di farlo in tempo breve, « l'attore sarebbe surrogato nel sequestro ri- « facendogli le sue spese, per lo che il seque- « strante sarebbe obbligato di rilasciargli l'atto « di sequestro, perchè su quel precetto po- « tesse l'opponente, come surrogato, proce- « dere alla vendita delle cose sequestrate (***). « — Nasce in secondo luogo che il sequestrante « non può far cessare il sequestro a danno « degli opponenti, liberandone il loro debi- « tore; questa liberazione non impedisce che « il sequestro sussista riguardo agli opponenti « che possono farsi surrogare. »

Sin d'allora la procedura era stata portata a quella semplicità che ha poi sempre conservata. La opposizione alla vendita non fu più permessa, ovviandosi perciò a tutti quegli inconvenienti ch'era solita produrre. Si ripete anche ora che i creditori, *ancorchè privilegiati*, non potranno valersi di altro mezzo. Il creditore dei fitti non può esercitare in altra guisa il suo privilegio dopo che i mobili furono da altro creditore oppignorati.

2. *Della forma della opposizione.*

Ad ogni modo o *per via di esecuzione* o *di opposizione*, propriamente detta, i creditori esercitano un *jus pignoris:* diritto reale che deve avere necessariamente la sua giustificazione nei documenti che dovranno prodursi nella causa di distribuzione del prezzo; ma alla validità ed efficacia della opposizione non si esigono che i requisiti prescritti dall'articolo 646, capoverso, uno dei quali è la *notifica all'ufficiale incaricato della vendita.* Poichè le opposizioni non vanno a cadere che sul prezzo, tale formalità sembrerebbe superflua, ma che non lo sia, si dimostra sotto più rapporti. L'articolo 643 accorda al creditore procedente l'aggiudicazione per il suo credito non superiore a lire 300, semprechè *non vi siano altri pretendenti*, i quali sono gli *opponenti* che si fecero conoscere all'ufficiale incaricato della vendita. Lo stesso avviene in quanto riguarda l'aggiudicazione proposta dall'art. 638. L'ufficiale suddetto deve adunque avere il quadro delle opposizioni, le quali, senza possedere la virtù di provocare la vendita, possono renderla necessaria coll'impedire l'aggiudicazione a favore del creditore oppignorante.

3. *Della materia della opposizione.*

L'atto di opposizione ha un'efficacia che trae dalla sua forma, indipendentemente dal titolo a cui si appoggia. Ma quando si verrà nel giudizio di distribuzione del prezzo a di-

(*) Ogni cosa materiale essendo destinata a trasformarsi in prezzo, viene quindi applicabile per ultimo, e sino a un certo punto, la teoria del sequestro.

(**) È noto che POTHIER ragionava sulla Ordinanza del 1667, primo nucleo e fondamento in gran parte delle moderne procedure.

(***) Questa regola però ha subita una notevole modificazione, come si è veduto trattando dell'art. 575.

sentere dei diritti dei concorrenti, si troverà che i crediti ammissibili nel concorso sono di due maniere. Reali o privilegiati, che si esercitano sul prezzo come si eserciterebbero sulla cosa stessa prima della sua trasformazione (ricordo l'esempio del locatore per il credito dei fitti sui mobili che fornivano la cosa locata). Eziandio non giudicati, tali titoli di credito, dimostrati al giudice per documenti, sono ammissibili; tanto più che in quello somme essi hanno la loro guarentigia, e fuori di quelle, in condizione di crediti semplici, molto probabilmente sarebbero perduti. Ma per quanto concerne crediti d'altra natura, specialmente se fossero contestati, non potrebbero essere ammessi *de plano;* il supposto debitore ha diritto di vedersela col preteso creditore in competente sede di giudizio, e discuterne, occorrendo, nei due gradi di giurisdizione. Sotto questo aspetto la *opposizione* dovrebb'essere appoggiata *a un titolo giudicato*, quantunque non spedito in forma esecutiva, che è il simbolo del potere sovrano nella cui autorità i beni si tolgono ai loro proprietarii per consegnarli alla giustizia; mentre qui non si tratterebbe che di esercitare un diritto sopra una materia legittimamente trasmessa alla giustizia medesima (*).

4. *Quale sia il destino delle opposizioni quando ad istanza del debitore venga annullato il processo esecutivo.*

Corrono tre opinioni diverse: una è quella di POTHIER, che colla solita sua chiarezza si esprime così: « Osservate che quando sull'opposizione del sequestratario (debitore) il sequestro è dichiarato nullo, questa nullità fa cadere tutte le opposizioni, perchè codeste opposizioni essendo accessorie del sequestro, è necessario che cadano col sequestro » (*Trattato delle procedure civili*, part. II, cap. 11, § 3).

RODIER e JOUSSE, commentando la Ordinanza, proposero una distinzione. In quanto la esecuzione fosse annullata per vizi di forma, o come non fondata in diritto, attesa per esempio la prescrizione del titolo (**). Nel primo caso tutte le opposizioni rovinano e vengono meno come quelle che si attaccano a un processo che non ha sussistenza; ma nel secondo, dacchè la materia del pegno sulla quale si esercitano i diritti dei varii creditori, sarebbe regolarmente pervenuta in mano alla giustizia, sufficiente appoggio avrebbero le *opposizioni* dei terzi (sull'articolo 12 della Ordinanza del 1667, tit. XXXIII).

Una terza opinione fu recata in mezzo dal PIGEAU. Egli sostiene che per qualsivoglia causa si verifichi la nullità del processo esecutivo ad istanza del debitore, le *opposizioni* stanno, argomentando dall'art. 796 del Codice di procedura francese, nel quale si dichiara che « la nullità dell'arresto, qualunque sia la « causa per cui è stata pronunziata, non im- « porta nullità delle raccomandazioni ».

Il BOITARD, mettendo al vaglio le varie sentenze, respinta quella del PIGEAU per non avere la esemplata ipotesi verun rapporto col citato articolo 796, giudica secondo ragione logica meglio fondata quella di POTHIER; ma, giusta l'utilità pratica, essere prevalente quella dei vecchi chiosatori della Ordinanza (agli articoli 609, 610 del Codice di procedura francese, n° 869).

Noi diremo, seguendo sino a un certo punto l'opinione di POTHIER, che, se il pignoramento è nullo, niun'altra azione giuridica che avesse bisogno di quel sostrato, e non si sostenesse in titoli proprii, capaci di produrre quell'effetto, potrebbe, per qualsivoglia finzione di diritto, restar ferma (***). Tanto meno potrebbe nel nostro sistema adottarsi l'opinione di PIGEAU, in quanto essa suppone una facoltà nei creditori opponenti di surrogarsi al creditore oppignorante a proseguire gli atti esecutivi, facoltà che noi trovammo assai limitata dall'articolo 575. Ed è pur questo l'argomento che ci sembra insuperabile per venire alla stessa conclusione nella ipotesi che l'oppignoramento sia caduto per difetto, vuoi del titolo esecutivo o del credito per cui vi si è proceduto. Oltre di che, la distinzione, per certo ingegnosa, di RODIER e JOUSSE, non ha che un valore apparente. O la *opposizione* è semplicemente *per causa di credito*, concentrandosi sul prezzo, presuppone la vendita; ma la vendita suppone a sua volta la efficacia del pignoramento, e sono rapporti necessarii. O la *opposizione* è fondata *in diritto di proprietà*, essa non è mai pregiudicata, e può esercitarsi con azione vendicatoria, se e come di diritto, contro il possessore.

Due sono le limitazioni a queste teorie, e

(*) Il soggetto qui appena toccato dovrà riassumersi nel tema della *distribuzione del prezzo*.

(**) Noi esponendo l'articolo 579 abbiamo sostenuto che la questione di prescrizione, non ammessa dalla sentenza, non può agitarsi per via di *opposizione al precetto:* ma può farsi in qualunque altro caso di estinzione del credito.

(***) Da ciò si vede quale vantaggio siasi procacciato quel creditore che praticò il pignoramento in uno dei modi indicati dall'art. 598.

Digitized by Google

amendue hanno riscontro nel citato art. 575. I *creditori compignoranti* rispetto ai mobili, e gl'*ipotecarii* rispetto agl'immobili (ad un certo momento della procedura), sono i soli che raffigurano una opposizione, che vogliamo chiamar sostanziale, in quanto cioè basta a sostentare la esecuzione e tenerla in vita; quelli, mediante certi fatti per conto proprio; i secondi, in virtù della medesima ipoteca.

Ho debito d'insistere sopra un argomento, di cui sento la importanza anche per altre conseguenze che se ne possono dedurre.

Troveranno i pratici che l'opinione degli antichi commentatori dell'Ordinanza, superiormente ricordata, è avuta in pregio anche dal CARRÉ, CHAUVEAU, BERRIAT e THOMINE (CARRÉ, quest. 2067). Vi è dunque del pericolo a scostarsene. Ma, ripeto, è una questione che si collega coll'altra del *diritto di prosecuzione* degli atti esecutivi, mentre se i creditori opponenti, semplicemente tali e non compignoranti, non avessero azione per surrogarsi allo stesso pignorante, come si è dimostrato non avere, mancherebbe loro una vera ed effettiva consociazione al pegno. Indirettamente la legge nostra avrebbe sciolta la grave questione.

Senonchè le *opposizioni anteriori alla vendita avrebbero* tutta la loro efficacia, *consumata che fosse la vendita;* ed è allora che ha luogo e opera efficacemente l'accennata distinzione fra la nullità di forma e quella che è particolare all'azione del procedente. Nel quale secondo caso i creditori opponenti esercitano un vero diritto di sequestro sul prezzo realizzato, poichè essendo quello il risultato legittimo dell'oppignoramento eseguito a carico del debitore comune, l'esito è assicurato a favore di quelli i quali non avrebbero avuto azione per produrre quell'effetto, ma hanno facoltà di approfittarne.

5. *Delle opposizioni posteriori alla vendita* (*V.* le ANNOTAZIONI dell'articolo 651).

Articolo 647.

Chiunque pretenda avere la proprietà, o altro diritto reale sopra tutti o parte dei mobili pignorati, può, citando il creditore istante davanti il pretore che deve provvedere per la vendita, opporsi alla medesima, e proporre la separazione a suo favore di quanto a lui spetta. L'atto di citazione deve contenere l'elezione, o la dichiarazione di domicilio o di residenza a norma dell'articolo 563.

Il pretore ordina la sospensione della vendita, assoggettando o no l'opponente, secondo le circostanze, a dar cauzione per il rimborso delle spese e il risarcimento dei danni, e pronunzia egli stesso, se sia competente per valore; quando non sia competente rimette le parti a udienza fissa davanti il tribunale civile.

Il provvedimento di sospensione della vendita è notificato al creditore pignorante, al debitore, e all'uffiziale incaricato della vendita.

Questa notificazione vale citazione per comparire all'udienza stabilita.

Se l'opposizione sia rigettata, può l'opponente, oltre alle spese e ai danni, essere condannato in una pena pecuniaria estendibile a lire trecento.

Annotazioni.

1. L'usufruttuario, e parimente ogni altro che ha *un diritto reale* sui mobili oppignorati, può domandare la *separazione* (parola che sostituisce felicemente la *distrazione* degli anteriori Codici sardi), se il suo diritto non percuote che una parte di essi; e *opporsi alla vendita* se la sua azione tutti gli abbraccia; quindi non il proprietario soltanto, sul che diede campo a disputare l'articolo 608 del Codice di procedura francese. Opporsi alla vendita, è reclamare per conseguenza le restituzione del possesso di cui la esecuzione ci ha momentaneamente privati. L'usufrutto sui mobili, a differenza di quello sugli stabili, rende inerte il diritto di proprietà, poichè l'usufruttuario potrebbe eziandio legittimamente consumarli coll'uso; onde il creditore del proprietario, durante l'usufrutto, è inibito ad oppignorarli.

L'*azione di separazione* conviene non meno ai mobili di specifica individualità che alle masse indistinte (granaglie, olii, ecc.) quando si abbia su tali frutti e derrate diritto di comproprietà; diritto di comproprietà che appartiene altresì all'usufruttuario di cose fungibili (Leg. 4 de usufr.; articolo 483 del Codice civ.).

Digitized by Google

2. *Del diritto di pegno.*

Il diritto di pegno può formare una specialità rimarchevole.

Il contratto di pegno costituisce il pignoratario possessore legittimo del mobile dato in pegno, e talmente legittimo che siffatto possesso è condizione del suo diritto di privilegio (articolo 1882 del Codice civile). Se il mobile dato in pegno, e che si trova posseduto dal terzo, viene pignorato da un creditore del debitore, il pignoratario non ha forse diritto di rivendicarlo, e perciò di opporsi alla vendita?

No, il diritto di pegno è sempre considerato come un privilegio, e non altro che un privilegio, o sia costituito dal debitore o da un terzo per lui (articoli 1882, 1883, 1958, n° 6). Poichè non fu trasferita per esso la proprietà nel creditore, può farsene l'oppignoramento in mano sua, giusta le disposizioni degli articoli 611 e seg. della procedura. La differenza che passa fra il possesso *jure pignoris* e quello *jure ususfructus* è troppo manifesta, a questa solo appartenendo il dominio all'oggetto *utendi et fruendi*, e, come di ragione, la proprietà effettiva e l'assoluto diritto di disporne.

3. *Della citazione.*

L'articolo non prescrive che la citazione del *creditore*. L'interesse però si estende eziandio al debitore oppignorato, che non può mai esser considerato qual terzo; solo gli *opponenti* sono veramente terzi in questo giudizio, e non occorre citarli. Il *loro interesse è diretto*, immediato e presente *dopo la vendita*, quando si tratta di far ragione del prezzo; massima che concorda colle dottrine pur ora esposte *sul diritto degli opponenti*.

All'obbligo generale di citare il debitore supplisce nondimeno l'altro prescritto, *di notificargli il provvedimento di sospensione*, che *vale citazione;* per il che basterà istaurare il giudizio di rivendicazione contro il solo creditore.

4. *Della competenza.*

La facoltà che compete al pretore quale magistrato della esecuzione, si restringe a ordinare la *sospensione della vendita*. E questo è pure un giudizio ch'esso emette *causa cognita*. Se la domanda non è, apparentemente almeno, fondata, può di tratto respingerla, negarle l'onore della discussione. Se la domanda ha qualche fondamento, ordina la sospensione; e allora egli assume una funzione diversa; si riveste, per dir così, di un diverso abito di competenza, non è più il giudice degli atti esecutivi: è un giudice del merito.

Quindi è che il pretore è tenuto a misurare la sua competenza nelle proporzioni del valore; rimettere altrimente la causa al *tribunale civile*.

La misura del valore qual'è? Bisogna cercarla nelle regole fondamentali della competenza, nell'articolo 75, n° 2: *Il valore degli oggetti controversi*. Quello di fatti è l'oggetto della questione incidentale che sorge di mezzo al procedimento esecutivo, totalmente diviso, se non si vuol dire contrapposto all'oggetto della esecuzione.

Qualunque sia il valore dei mobili ed effetti di cui si domanda la rivendicazione, il sedicente proprietario o comproprietario non dovrà portare la sua querela che al seggio pretoriale. Si è già detto che il pretore dà il passo a questo nuovo giudizio *con un decreto di sospensione*. La legge in questo è tassativa. Se nella opinione dell'attore il valore supera la competenza del pretore, è indicato ch'egli, *previa la domanda di sospensione della vendita*, faccia pure istanza affinchè la causa sia rimessa al tribunale civile. Per la quale domanda la competenza dovrà presumersi appartenere al detto tribunale, giusta la regola dell'articolo 80, capoverso 1°. Tale istanza potrebbe mancare, nè sarebbe perciò impedito al pretore di rimettere la causa al tribunale civile, nell'apparente esorbitanza del valore degli oggetti che si vogliono rivendicare. Il non averlo fatto per difetto d'istanza, *non potrà conferire al suo decreto puro e semplice di sospensione il carattere della cosa giudicata*, per cui si faccia d'nopo appellarne. Si è chiarito abbastanza, che con tal decreto egli conosce una cosa, ma una cosa sola, se cioè la domanda di proprietà o comproprietà abbia un qualche ragionevole fondamento. Questo egli può ben farlo *come magistrato della esecuzione*, senza considerazione di valore, senza preoccupare la questione della competenza, che assumerà obbiettivamente quando, sedendo giudice del merito, si farà a contemplare le proprie attribuzioni nel conflitto delle parti. Aggiungo: che, proferito il decreto di sospensione, la parte attrice potrà anche direttamente adire il tribunale civile, provando che la causa ad esso appartiene per ragion di valore.

Articolo 648.

Compiuta la vendita, qualunque domanda in separazione si converte di diritto in opposizione sul prezzo, e cessa ogni ragione dell'opponente sui mobili venduti,

Digitized by Google

salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio, dedotte le spese, e salvo il regresso contro il debitore per il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Il proprietario o comproprietario può domandare sul prezzo il valsente che corrisponde ai mobili venduti di sua ragione;* o *non potrà esercitare che un diritto di privilegio sul prezzo medesimo?*

Ognun vede che la cosa è molto diversa: nel primo caso l'azione di proprietà continua dopo la vendita, e va, per così esprimermi, a scaricarsi sul prezzo che può anche totalmente ricadere nelle mani di lui; nel secondo caso egli non può venir in linea che coi creditori, ha mutata la veste di proprietario in quella di creditore; e spiega, se pur gli compete, un privilegio, che nel concorso di altri privilegi può essere superato.

Il Boitard, ragionando sull'art. 608 della procedura francese, in verità meno esplicito, espone questa teoria. Dopo aver posto come cosa certa che il proprietario dei mobili che non ha promossa la sua domanda anteriormente alla vendita, non può più rivendicarli, ma deve valersi sul prezzo, aggiunge: « Seulement, si le prix de mon meuble, indûment « saisi sur Paul et vendu à la suite de la saisie, « n'est pas encore été distribué au créancier, « je puis intervenir et m'opposer à cette dis- « tribution; *j'aurai le droit, en prouvant que « le meuble m'appartenait, de m'en faire attri- « buer le* PRIX INTÉGRAL » (all'articolo 608 del Codice di procedura francese, n° 845).

Se una tale dottrina prevalga nella giurisprudenza francese, che non occorre ricercare, noi abbiamo fatto un'applicazione molto più decisa del principio della libera trasmissibilità del mobile, non solo svincolandolo dall'azione rivendicatoria una volta pervenuto per pubblica aggiudicazione nelle mani di terzo, ma altresì negando al fu proprietario il diritto di rappresentazione sul prezzo. Se non fosse così, quel proprietario che lasciò consumare la vendita, ne avrebbe forse il vantaggio in un prezzo esaltato dalla gara dell'asta, senza verun suo pericolo e spesa. Chiunque potrebbe aspettar l'esito e farsi avanti, scompigliando a suo grado il processo distributivo con manifesta delusione della legge (*).

Ma una seria e curiosa difficoltà si presenta dedotta dal sistema del nuovo Codice civile contro una qualunque partecipazione di prezzo a titolo di privilegio a favore del venditore.

Il precedente Codice civile albertino nell'articolo 2157, n° 4, scriveva fra i privilegi su *determinati mobili* « il prezzo delle cose mo- « bili vendute nel precedente anno, ove le « medesime si trovino nelle mani e in potere « del debitore ». *Questa disposizione non si legge nel nuovo Codice* (§ 11 del Titolo XXIII, Libro III). Sarebbe forse tornata in onore ed accettata dal legislatore italiano l'antica teoria del diritto romano, così bene esposta dal Fabro: « Venditor, quamdiu pretium solutum « non est, retinere rem venditam necdum tra- « ditam, quasi jure pignoris, potest, etiamsi « de pignore nihil convenerit, *sed post tradi- « tionem factam, tametsi pretium solutum non « sit, nec avocare possessionem potest, nec in « eam ipsam rem exercere quasi servianam, « non magis quam in cæteras res emptoris, « cum ex causa tacitum pignus nullum con- « trahatur.* Consequens est, ut in ea quoque « re quæ vendita est, *potior causa sit anterio- « rum creditorum hypothecariorum quam ven- « ditoris qui non nisi personalem ad pretium « actionem habet;* quoque imputare sibi debet, « cur, cum rem traderet, secutus fidem empto- « ris fuerit, nec expressa conventione sibi me- « lius caverit » (*Cod.*, l. III, t. 7, def. 6).

La dottrina del Fabro nel suo punto di vista storico è irreprensibile. Che il venditore che *aveva avuto fede del prezzo*, non avesse diritto *in re*, e il prezzo *abierit in creditum*, appare decisiva, malgrado qualche contraddittore, la Legge 5 § 18 de tribut. actione (intorno alla quale può anche vedersi Pothier, *in Pand.*; Troplong, *Dei privilegi e delle ipoteche*, all'articolo 2102, § 4).

È noto che il Codice Napoleone, che trovò diverse costumanze introdotte in Francia, secondo si seguisse o no il diritto scritto, si attenne a quella giurisprudenza che gli parve più consentanea alla equità, onde nacque l'articolo 2102, n° 4, pressochè conforme a quello trascritto del Codice albertino (**). Una condizione però era posta in amendue quelle

(*) I mobili erano stati contrattualmente venduti per lire 1000, che tanto valevano a stima ordinaria. Per effetto dell'incanto e della gara degli oblatori, il prezzo d'asta è asceso sino a lire 3000. Il venditore, reclamando ancora il suo diritto di proprietà, sostiene che le lire 3000 rappresentano il valore della sua proprietà, e a lui si devolve intero. Se non trattasi che di privilegio, domanderà sul prezzo il pagamento di lire 1000.

(**) L'articolo del Codice Napoleone aggiungeva: *tanto che gli abbia comprati* (il debitore) *con dilazione al*

leggi, sì alla rivendicazione che all'esercizio del *privilegio sul prezzo;* ciò era che il mobile *si trovasse ancora in possesso del debitore.* L'interesse e la buona fede del commercio la vinceva sopra ogni altra considerazione, non dovendosi molestare i terzi compratori. Questo fatto legislativo non riguarda direttamente la nostra questione, perchè noi partiamo dal supposto che i mobili siano stati appresi in mano al debitore, ma ci chiama fortemente a riflettere come i legislatori parificassero tuttavia l'azione di rivendicazione e quella d'ipoteca sul prezzo *nel rispetto della causa giuridica*, avvegnachè contrassegnata da risultati molto diversi.

La sparizione totale del contenuto di quell'articolo del Codice albertino dal nuovo Codice italiano, che fornirà grave argomento ai commentatori di esso, c'impone di credere che un gran cangiamento sia sorvenuto nella nuova legislazione; un marcato ritorno al prisco diritto romano. Così stando le cose, ne consegue che la semplice vendicatoria sia lasciata al venditore del mobile, il quale non potrebbe, nemmanco per ragione di prezzo non pagato, pretendere privilegio su quello che dalle cose sue fu ritratto all'asta pubblica.

Ma due obbiezioni possono recarsi a mettere in dubbio siffatta volontà del nuovo legislatore: 1° quella stessa ragione di equità che persuase i redattori del Codice Napoleone a preferire le consuetudini moderne che si estesero a tutte le altre legislazioni, e sancita da tante decisioni di tribunali; 2° il dettato di questo medesimo articolo 648 della procedura, il quale dichiara *cessare bensì ogni ragione dell'opponente sui mobili venduti*, ma propone la clausola già indicata, *salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio, dedotte le spese*, dizione che sembra avere carattere dispositivo e non di semplice riserva, specialmente per quelle parole, *dedotte le spese*, da cui sembra risultare essere il concetto del legislatore quello di caricare bensì il venditore delle spese del processo di vendita alle quali diede causa, non giovandosi del rimedio diretto della rivendicazione che poteva competergli; ma ad ogni modo con diritto di soddisfacimento sul prezzo per titolo di privilegio.

Alla prima obbiezione la risposta è facile. Sia più o meno conforme all'equità l'abolizione del privilegio del venditore, noi dobbiamo vedere una cosa sola: se essa esista. E non si ha che a percorrere l'articolo 1958 del Codice civile italiano, mettendolo a confronto coll'articolo 2157 dell'abrogato Codice piemontese. La differenza sarà posta in maggior rilievo, chi osservi il *progetto del Codice*, nel quale all'art. 1991, n° 7, il privilegio del venditore era stato conservato (*). Le ragioni della innovazione ci sono ed assai gravi. Noi le abbiamo accennate, rammentando i principii del romano diritto. Il solo rapporto di diritto che può restare fra il venditore e i mobili alienati è quello di rivendicarli a due condizioni: 1° *che la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento;* 2° *che i mobili venduti si trovino ancora in possesso del compratore* (art. 1513 del Codice civile). A questo effetto è scritto l'articolo 647 della procedura. Ma venduto il mobile, è logico e conseguente che non sia trasformato in altra specie quel diritto che la legge nega al venditore dopo la rivendita; che l'azione al prezzo non essendo che personale contro il compratore, non sia conversa in un privilegio sul prezzo, nell'azione reale per eccellenza. Imperocchè solo perchè i mobili furono venduti all'asta pubblica, ossia per mera accidentalità, il venditore che non aveva altra azione che reale, *ad rem vindicandam*, o personale ad esigere il prezzo, avrebbe acquistato un terzo diritto d'azione, quello del privilegio. In logica e in civiltà giuridica la soppressione di quel privilegio è dunque un progresso.

Resta la difficoltà vera, che è quella del presente articolo 648.

Mi si permetta di dubitare che il redattore dell'articolo non abbia in quel momento rammentato, o posto mente alla innovazione che la contemporanea legislazione del Codice civ. (**) veniva recando al sistema dei privilegi. Io per altro non vedrei nella locuzione dell'art. 648 un carattere dispositivo. E tanto meno potrei così ritenere, quanto il regolare la materia dei

pagamento e senza. Questa clausola, dice il Troplong, fu aggiunta ad imitazione della Consuetudine di Parigi, che intendeva con essa derogare alla massima del diritto romano, per la quale si riteneva essersi avuta fede del prezzo allora soltanto che si fosse accordata dilazione a pagarlo. Il nostro Codice civile provvede a questa contingenza in sede opportuna (art. 1513).

(*) Non ho mancato di diligenza per indagare se negli atti del Parlamento si fosse sollevata una particolare discussione su questo privilegio. Vidi nella Relazione della Commissione della Camera dei Deputati, presentata nella seduta dell'8 febbraio 1865, percorso, benchè assai succintamente, il tema dei privilegi, mostrandosi che ebbero luogo delle restrizioni, alcune delle quali furono indicate; ma di questa non si fece motto. Più specialmente si trattò dei privilegi sugli immobili ridotti alla più grande semplicità, come era risulta dagli art. 1961, 1962 del Codice civile. Ivi pure, e questo è da considerarsi, il privilegio del venditore sul prezzo degl'immobili disparve, almeno *come tale;* anzi una conversione, e prese posto fra le ipoteche legali (articolo 1989, n° 1).

(**) Amendue i Codici furono pubblicati nello stesso giorno 25 giugno 1865.

privilegi spetta alla legislazione civile e non al Codice di procedura, benchè io non ignori alcuni esempi celebri di modificazioni portati dai Codici di procedura sulle determinazioni del Codice civile (*). A ciò si aggiunge, che le due legislazioni sono contemporanee, come osservai, e sarebbe contro ogni ragione il presumere che qualche disposizione della procedura si volesse proprio, e con serio proposito, mettere in urto con altre del Codice civile. Ne seguita pertanto che la clausola dell'art. 648, *salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio*, deve intendersi come una semplice riserva, da avere effetto se e come fosse di diritto.

Articolo 649.

Qualunque opposizione, anche per nullità, contro gli atti anteriori alla vendita o all'aggiudicazione, non è più ammessibile dopo seguita la vendita o l'aggiudicazione.

Annotazioni.

Qui la parola *opposizione* è usata in senso tanto complesso che ha mestieri di schiarimenti.

Tre idee diverse vengono significate:

Opposizioni di creditori concorrenti sul prezzo che non offendono, anzi mantengono la procedura, e non fanno che rendere o più incerto o più difficile il soddisfacimento del totale dei crediti;

Opposizioni per rivendicazione che tendono a diminuire, o anche assorbire la sostanza pignorata;

Opposizioni che attaccano gli atti della procedura, e ne reclamano la nullità.

L'idea espressa dall'articolo presente nel primo senso sarebbe inesatta. Vi sono delle opposizioni di creditori (privilegiati) che si ammettono anche dopo la vendita (articolo 653).

Nondimeno valga a spiegazione ciò che si dice ulteriormente nel testo, *contro gli atti*, mentre la prima specie di opposizione non sarebbe *contro gli atti*, ma troverebbero in essi il loro fondamento.

CAPO VIII.

DELL'ASSEGNAZIONE E DELLA DISTRIBUZIONE DEL DANARO RICAVATO DALL'ESECUZIONE MOBILIARE

Articolo 650.

Seguita la vendita, gli atti originali della medesima, la somma ricavata, e gli oggetti d'oro e d'argento depositati, sono trasmessi entro giorni tre dall'uffiziale procedente al cancelliere della pretura da cui la vendita fu ordinata.

Articolo 651.

Il prezzo ricavato dalla vendita è distribuito in ragione dei crediti rispettivi tra i creditori istanti e gli altri creditori che abbiano fatta opposizione prima della vendita, senza pregiudizio dei diritti di privilegio.

Annotazioni.

1. In questo testo è rappresentato il sistema della distribuzione.

Era naturale che nelle discussioni preparatorie del nuovo Codice si trovassero armati di

(*) Fra gli altri quello degli articoli 834, 835 del Codice di procedura civile francese; ma ivi la modificazione fu pensata ed espressa.

fronte due sistemi. Il Codice piemontese del 1859 aveva sancita la *prelazione del creditore pignorante* sugli opponenti (art. 780), e in ciò si rimaneva segregato dagli altri Codici che erano partiti da un diverso principio; e diciamolo pure, dal vero principio. Oppignorare non è altro che apprendere le cose del debitore per consegnarle alla giustizia. Tanto è lontano che l'oppignorante ne acquisti una ragione qualunque di dominio o di diritto, *in re*, che le cose oppignorate devono vendersi, e solo per eccezione può in determinati casi chiedere l'aggiudicazione. Quando si parla di prelazione, si parla di privilegio, che non è altro che un diritto di preferenza. Il privilegio è fondato in una relazione fra la causa del diritto e l'oggetto materiale del diritto, che non può ragionevolmente consistere in quegli atti estrinseci che non fanno che porgere al giudizio il subbietto su cui deve esercitarsi (*); non sono che mezzi per i quali il giudizio è possibile. Intorno a quel preteso privilegio dell'oppignorante, consacrato dal Codice anteriore, « si disputò vivamente, dice la Relazione ministeriale, e fu deliberato di non mantenerlo ». La Relazione ci fa edotti che la Commissione del Codice civile prese in esame questo punto di diritto; e non fu capace che nella famiglia dei privilegi dovesse assegnarsi un luogo a questo, che non aveva altra ragione di essere che la diligenza nel promuovere il giudizio esecutivo. E fu gran senno. Pertanto il creditore oppignorante porta nel contributo il credito che ha, e che sarà giudicato secondo i suoi meriti; egli ottenne il vantaggio a cui aspirava, quello di costringere il riluttante debitore al pagamento; non può averne un maggiore, quando sarebbe a scapito della giustizia. Meglio per lui e per gli altri che sono nella sua condizione, se il prezzo basterà per tutti.

2. Sono soddisfatti insieme ai creditori istanti gli *opponenti prima della vendita*. Era generale statuto delle procedure, come diremo all'articolo 653, che nuovi creditori opponenti sarebbero ammessi dopo la vendita a processo distributivo ancora pendente: ma il nuovo Codice ha introdotta una sapiente novità, non facendo ragione agli ultimi venuti se non in quanto vantassero privilegio, eccetto non si avesse esuberanza del prezzo. Così premiando la diligenza (*jura vigilantibus*), semplificò il giudizio di distribuzione, e pose in miglior rapporto con esso le varie regole che abbiamo enumerate sui diritti che gli opponenti esercitano sulla vendita e sulle sue conseguenze.

3. *Senza pregiudizio dei diritti di privilegio*, a questo luogo intende che, dove in effetto non bastassero le somme a tutti soddisfare, che è il supposto dell'articolo presente, i creditori privilegiati saranno ascoltati nel loro diritto di preferenza; ed è allora che nasce la questione, quasi sempre intricatissima del *contributo*, che è il soggetto degli articoli che seguono. Ancora un'altra ragione della riserva. La partecipazione del prezzo è riservata ai *creditori opponenti prima della vendita*, ma i creditori privilegiati non sono pertanto esclusi, onde questa disposizione si collega con quella dell'articolo 658.

Articolo 652.

Scaduto il termine stabilito nell'articolo 650, se i creditori istanti, il debitore e i creditori opponenti non siansi accordati sull'assegnazione o distribuzione del denaro pignorato o ricavato dalla vendita, il pretore sull'istanza d'una delle parti, sentiti gl'interessati, propone uno stato di assegnazione o di ripartizione, facendone risultare con processo verbale.

Se lo stato sia accettato da tutti gli interessati, è tosto eseguito. La contumacia del debitore vale accettazione per lui.

In mancanza di accettazione, il pretore provvede come di ragione, se sia competente per valore: quando non sia competente, rimette le parti a udienza fissa davanti il tribunale civile.

(*) Generalmente le cause dei privilegi possono ridursi a tre categorie: 1° per ragione della utilità che si è prodotta al comune dei creditori; 2° perchè il credito rappresenta una obbligazione del debitore, il cui adempimento è reclamato da un interesse generale e superiore (tributi, imposte, ecc.); 3° da un rapporto particolare del credito colla cosa in quanto essa forma la sua naturale e specifica guarentigia, perchè in essa si è dovuto aver fede: pegno tacito od espresso, senza il quale la contrattazione, l'accordo, non avrebbe avuto luogo. Tal è la causa di tutti i privilegi speciali.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. Il Codice francese impone e prescrive l'accomodo con quella singolare e censurata formola, « *le saisi et le créancier seront tenus*, « dans le mois, de convenir de la distribution « par contribution » (art. 636). Inesattezza di linguaggio: ma secondo quel Codice, l'obbligo di radunarsi per tentare la conciliazione, l'obbligo c'è, e pare non possa procedersi senza documentare questo fatto alla distribuzione. Quanto a noi, è una pura facoltà delle parti, come doveva essere, alle quali si concede tre giorni (e bastano) in luogo del prolisso termine di un mese.

2. L'accordo deve seguire nel concerto del *debitore* e dei *creditori opponenti*, ed è giusto perchè anche il debitore vi ha tutto l'interesse. In contrario l'intervento dell'autorità diventa necessario. Il ceto creditorio potrà domandare semplicemente l'omologazione del concordato (CHAUVEAU in CARRÉ, q. 2156 bis). Nel consenso di tutte le parti la questione è finita; la convenzione si porta allo scritto; e il *cancelliere della pretura* (art. 650) rilascia e consegna i denari e gli effetti a norma della convenzione, e secondo ch'egli fa risultare da un processo verbale, e senza forma di giudizio.

La stessa facoltà appartiene ai creditori di un fallito col costui concorso; e possono anche darne incarico ai sindaci o commissarii (CHAUVEAU, quest. 2156 ter).

3. *Requisiti dei crediti che vengono in concorso.*

Ancorchè il prezzo sia sufficiente a tutti i creditori, difficoltà gravi possono sorgere da parte del debitore. Il debitore a cui vantaggio ritorna la somma non assegnata ai creditori, può opporre la mancanza del credito, il difetto di azione; ed è in simili casi che devono esaminarsi i requisiti del credito che si porta al concorso.

Il giudizio di contributo, oggetto di successive modificazioni, ora appare di quella semplicità che fu lodata nel Codice di Ginevra. Non cessa nondimeno di essere un giudizio complesso. Ogni credito viene in esame in relazione ai proprii titoli; e duplice può sorgere la difficoltà: in ordine alla prova: in ordine alla qualità dell'azione.

In ordine alla prova. Il credito deve recare con sè la sua dimostrazione, abbastanza facile per non suscitare questioni indaginose di fatto. Chi per provare il suo credito avesse d'uopo di testimonii, perizie, giuramenti, non potrebbe scegliere questo campo per elevare la sua questione imbrogliata. Oltrechè la celerità che è nell'indole di siffatto giudizio nol consente, nol consente la giustizia. Il supposto debitore ha diritto di esser chiamato avanti ai suoi proprii giudici; non dev'essere, suo malgrado, trascinato avanti il magistrato dell'esecuzione; nè costretto a combattere in compendio pretese che potrà respingere avanti la giurisdizione ordinaria, coi termini e colla facoltà dei due gradi che gli competono. Non altrimenti si dirà in ordine al merito della questione. Si potrebbe forse domandare al giudice del contributo la soluzione di un quesito ereditario, l'annullamento di una convenzione, o qualche cosa di simile, onde dedurne per ultimo corollario la sussistenza del credito?

Quando adunque nelle disposizioni che veniamo percorrendo si parla di crediti e di creditori, ci è forza intendere *crediti giudicati*, *crediti di facile dimostrazione*, crediti incontroversi, o debolmente o con poca apparenza di ragione oppugnati. Si può esser abbastanza fondato per fare un'opposizione valida, quantunque non si potesse *eodem titulo* procedere alla esecuzione, perchè è più facile *prohibere quam facere*, far nascere un ostacolo che operare, com'è più facile criticare che comporre. Invero le facoltà del giudice non sono determinate, e veggo non infrequenti codesti giudizi di concorso gravidi di questioni; e qui farò di passaggio un'avvertenza. Che se una questione di diritto, entro certi limiti, è compatibile (e ora vedremo che la è), non si potrà molto accondiscendere alla prova, nè permettere che un opponente venga da lontano a dar contezza del suo diritto con mezzi lenti, difficili, con iscritture impugnate e verificabili, con prove *in fieri* insomma, anzichè per documenti certi ed inoppugnabili. Il giudice riserverà le ragioni e passerà oltre.

La questione giuridica *propria di ogni giudizio di concorso è quella che riguarda l'ordine*, ossia la graduale collocazione dei creditori. Anche i privilegiati hanno da presentarsi colle loro prove. Ad alcuni di codesti crediti occorre un mezzo di prova prestatuito dalla legge; tale il pegno (art. 1880 del Codice civile). Nondimeno è da considerare che, pure sotto il rapporto della suscettibilità di esser giudicato in questa sede, la qualità del credito esercita una forza che per un momento può chiamarsi superiore, perchè la questione del privilegio è portata sul proprio campo, *non può avere altra arena ove discuterla;* o qui o in nessun altro luogo. Fuori di questa sed

il *privilegio*, che è puramente una qualità del credito, svanisce; il credito diventa semplice, e se non perde ogni valore come di solito avviene, certo non può rimandarsi ad altro giudizio, se non a condizione incomparabilmente deteriore.

Perciò in disputa di privilegio, il magistrato del concorso non si perita dall'ordinare per incidente formazioni di prove. Un esempio. Si tratta di pegno. La legge esige a quest'effetto un atto pubblico o una *scrittura privata* (articolo 1881 del Codice civile). La scrittura privata può essere impugnata; si ordinerà la verificazione giudiziale. Perchè non dovrebbe ordinarsi se occorre a perfezionare la prova? Un altro esempio. Per l'articolo 1958, n° 5, del Codice civile sono privilegiate « le somme « dovute per le sementi ed i lavori di coltiva- « zione e raccolta dell'annata, sui frutti della « raccolta ». Se ne fece una prova generica: bisogna liquidarle. Si dovranno forse ammettere perizie, prove per testimonii. Ebbene, conviene ammetterle. Il giudizio di concorso si complicherà, le contestazioni si faranno lunghe e gravi, che importa? Tutto questo comprende il giudizio di concorso; dal che si vede, che per quanto il legislatore abbia avuto in animo di semplificarlo, non può farsi violenza alla necessità delle cose. E certo non isfugge che simili controversie rimangono tuttavia circoscritte in dati limiti; sono controversie d'ordine, ristrette all'oggetto materiale rappresentato dal prezzo, controversie infine di privilegio; laddove se si avessero a introdurre e condensare, per dir così, in siffatto giudizio tutte le questioni possibili che dai pretesi creditori per titoli di azione personale volessero eccitarsi, si eccederebbe la sua natural comprensione, di maniera che tutte le giurisdizioni verrebbero in esso a confondersi.

Concludiamo. Nel giudizio di contributo non si ammettono che quei crediti che risultino da sentenze o documenti ed atti di facile dimostrazione, *salvochè non si tratti di questioni relative alla qualità privilegiata del credito*, le quali si svolgono necessariamente con tutti i loro mezzi in questa sede di giudizio.

4. *Dei creditori ipotecarii concorrenti coi chirografarii sul prezzo dei mobili venduti.*

Le azioni non sono ipotecarie che dopo essere state personali; e la ipoteca può restare una cautela inutile, sterile di effetto. Un creditore che ha il suo titolo giudicato, sospeso fra i modi di esecuzione da intraprendersi, può ben tentare, se gli giova, la esecuzione mobiliare; può fare un sequestro; può in conseguenza concorrere sul prezzo.

Nel *Commentario del Codice sardo* (vol. 5, n° 684) è riferita la seguente dottrina del DALLOZ, che qui ripeto come importante. Insegna adunque il DALLOZ che il creditore ipotecario, quantunque utilmente collocato in uno stato di graduazione, può concorrere sul prezzo dei mobili. E ciò perchè una tale collocazione non vale più che *una indicazione di pagamento*. Pone però una limitazione, ed è che, se la scadenza fosse affatto prossima, e *il ritardo provenisse da colpa dello stesso creditore ipotecario*, dovrebbe, per una certa equità che milita a favore dei chirografarii, respingersi onde non privarli del pagamento che non potrebbero conseguire con altro mezzo (DALLOZ, *Distribut. par contribut.*, n° 17). Io credo però che questo non potrebbe aver luogo dopo l'omologazione dello stato di graduazione (articolo 716).

5. *Procedimento.*

Il Codice ha stimato bene di non tracciare la procedura da seguirsi, persuaso di aver fatto abbastanza per queste ed altre contingenze, colle regole generali. Vediamo pertanto di farne l'applicazione.

Se il pretore *è competente per valore, provvede come di ragione*, cioè propone *uno stato di assegnazione* o *ripartizione* (articolo 654), *sentiti gli interessati*. Ciò importa che vi sarà una *domanda stragiudiziale* avanti il pretore, seguirà un congresso al quale saranno invitati i creditori (*) e il debitore oppignorato. Intanto il giudice ha preparato un progetto di assegnamento che propone e discute colle parti interessate nel congresso; è un tentativo, ma più autorevole, di conciliazione; e se il debitore non interviene, tal sia di lui. Fin qui il *pretore* è semplicemente il magistrato della esecuzione; se il suo progetto non è accettato, va a porsi la toga del giudice.

Ma allora esamina e fa ragione della propria competenza.

Se la somma da distribuirsi è compresa nella sua giurisdizione, ogni questione è sua. Se cecede, egli distingue fra la controversia generale che si estende a tutto il progetto, sicchè nessuna parte di essa rimane ferma e assicurata, e in tal caso ne rimette la cognizione al tribunale civile. Se la contestazione è parziale, seguiremo la norma dell'art. 75, n° 3.

Chi rammenta la disposizione dei Codici

(*) Anteriori e posteriori alla vendita (*V.* art. 653.).

francese, napoletano, romano, ecc., e quello di Piemonte del 1854, sarà contento di vedere esulato dal giudizio di distribuzione del prezzo quel soverchio di forme che l'ingombrava. Non abbiamo più assegnamenti di termini a produrre documenti. Ognuno deve e può farlo, consultato il proprio interesse, purchè badi di non dar luogo a risoluzioni che possano tornargli dannose. Il giudizio di contributo, sgomentando alquanto per la sua natura complessa, era stato abbandonato al giudice di maggior giurisdizione, al tribunale. Quindi la necessità di delegare un giudice, dedicato a questa operazione. Ora si è fatto di meglio col dare anche alla giurisdizione minore la parte sua. Ma o il giudizio si tratti avanti il pretore, o avanti il tribunale, dovrà sempre esordire da una citazione con procedimento sommario, a udienza fissa, secondo il vario carattere del magistrato (articoli 155, 389, 390) (*). Il tribunale delegherà uno dei proprii giudici, giusta l'attribuzione generale che gli compete. Il giudice delegato, sentite le parti, formerà lo *stato di assegnazione* o *ripartizione* (articolo 653). Le questioni che ne insorgano, saranno, come di regola, portate al collegio; e si rientrerà così nell'ordine comune ai giudizi.

Modo di procedere speciale non è prescritto al giudice delegato qui dove non ne esiste alcuno. Potrà risolver tosto o differire, ove occorrano, per esempio, documenti; guida e regola la prudenza sua. Non gli è vietato di assegnare qualche termine perchè sia preso in comunicazione lo stato da lui formato: comunicazione che sarà data in cancelleria. Le parti potranno fare le loro osservazioni; in un nuovo congresso da destinarsi, potranno concertarsi. Nessuna decadenza. Le ragioni non dette avanti il giudice delegato potranno esporsi al tribunale.

6. *Se il giudice delegato sia privato della sua giurisdizione a fronte di qualunque opposizione.*

Le contestazioni possono esser di due maniere. O sono pretensioni di diritto intorno alle quali le parti non si accordano; o cadono sul sistema adottato dal giudice, per errori a lui imputabili. Il giudice delegato risolve le difficoltà, per dir così, materiali della esecuzione; le questioni di fatto sui modi della collocazione; è in facoltà di sospender l'opera sua a fronte di controversie di diritto di qualche rilievo, rimettendone la cognizione al collegio; ed è affare di tatto e di prudenza; salvo in ogni caso il ricorso al tribunale.

7. *Dei diversi stati di assegnazione.*

Ce ne ha di più sorta: è bene farne ricordo: 1° quello che viene compilando il pretore in difetto di composizione delle parti, ed è proposto da lui piuttosto quale mediatore autorevole fra esse, che come giudice; 2° quello che il pretore redige come giudice, e potrà essere lo stesso ch'egli propose all'amichevole assegnazione delle parti, ma questa volta può essere imposto dalla sua autorità; 3° se il pretore non è competente, lo stato di assegnazione è invece proposto dal giudice delegato del tribunale; accettato, ha tutto l'effetto di una transazione giudiziale; 4° quello stato finalmente che il tribunale stabilisce in forma di sentenza, fatto giudizio delle difficoltà e delle contestazioni.

Articolo 653.

Finchè non sia accettato lo stato di assegnazione o ripartizione proposto dal pretore, o, in mancanza di accettazione, finchè l'autorità giudiziaria competente non abbia pronunziato sulle controversie, qualunque nuovo creditore o pretendente può intervenire in causa e proporre le sue ragioni.

Questi interventi non sono più ammessi in appello.

I creditori intervenuti non possono partecipare alla ripartizione in pregiudizio dei creditori indicati nell'articolo 651, salvo i diritti di privilegio.

Annotazioni.

1. Dei creditori che non fecero opposizione, possono comparire dopo la vendita.

Nelle nostre osservazioni si è avuto occasione di notare più d'una volta la condizione d'inferiorità in cui si vanno a trovare gli opponenti dopo la vendita.

Noi abbiamo una scala di opposizioni, che vogliamo rammentare ancora: 1° associati al

(*) Giova ricordare che la *citazione a udienza fissa* (art. 155) è diversa dalla *citazione a termine abbreviato* (art. 154).

pignoramento; 2° opponenti prima della vendita; 3° opponenti dopo la vendita. Ad essa corrisponde un ordine graduale di diritti. Quando la somma abbonda, si gode, come sempre, nell'abbondanza; i creditori ultimi venuti saranno tuttavia venuti in tempo. Quando la somma è scarsa alle pretese di tutti, allora *contentio est*, allora il conflitto. Prima cosa, gli *opponenti dopo la vendita* devono lasciarsi passare avanti gli anteriori: giusto premio della diligenza. Entrano però francamente nell'arena se hanno titolo di privilegio. Si è superiormente fatto avvertire che il creditore privilegiato esercita un diritto essenzialmente concentrico *super re*, o sul prezzo che la rappresenta. È quello il suo campo d'azione, l'unico suo campo di azione. Non è possibile escluderlo in qualunque tempo comparisca. La legge si porge sollecita a quest'atto di giustizia, risultandone una legittima sottrazione dal dividendo a pregiudizio dei creditori semplicemente personali, il cui diritto è nello stesso tempo più esteso e più debole.

2. Nondimeno un termine ci dev'essere a qualunque istanza. O contratto giudiziale, coll'accettazione del progetto, o sentenza. Qui non si parla che del *progetto del pretore;* ma io stimo che debba avvenire lo stesso, se si accetti una composizione qualunque proposta dal giudice delegato, in giudizio di tribunale. Sarebbe una *vera domanda nuova* in appello, e fu esclusa. Questa bella disposizione è una lode del Codice attuale. Il francese lascia la materia assai confusa; e il precedente Codice sardo ammetteva i nuovi creditori senza distinzione fra semplici e privilegiati (art. 784).

3. Le istanze dei nuovi creditori saranno proposte alla forma degli incidenti.

Articolo 654.

Quando sia concordato o accettato lo stato di assegnazione o di ripartizione, ovvero sia passata in giudicato la sentenza che pronunziò sulle controversie, il pretore che autorizzò la vendita rilascia a ciascun creditore il mandato di pagamento, che è senz'altro esecutivo.

Dalla data di ciascun mandato cessano di decorrere gl'interessi sul capitale relativo.

Annotazioni.

1. La causa ritorna sempre al pretore come giudice d'esecuzione, per darvi effetto, da qualunque autorità sia emanata la sentenza definitiva; dal tribunale civile o da una Corte di appello (*V.* le ANNOTAZIONI dell'articolo 656, n° 2).

2. Il debitore rimane gravato degl'interessi del debito sino al giorno del pagamento. Nel sistema francese si è meno severi. Dal giorno in cui è stato chiuso il processo verbale di distribuzione, se non vi è reclamo; dal giorno della notificazione della sentenza, se vi fu contestazione; quindici giorni dalla notifica del secondo giudicato, se vi fu appello, cessano gl'interessi (articolo 672). Si voleva con ciò render meno dannoso al debitore il ritardo che ponesse il creditore nel riscuotere il proprio credito (osservazione di FAVARD DE LANGLADE nella sua Relazione al Corpo legislativo). Un'epoca sola è statuita per noi alla cessazione degli interessi: quella del pagamento effettivo.

CAPO IX.

DELL'APPELLO DALLE SENTENZE PRONUNZIATE NEI GIUDIZI DI ESECUZIONE MOBILIARE.

Articolo 655.

Non sono soggette ad appello

1° Le sentenze che stabiliscono soltanto il giorno in cui deve farsi la vendita;

2° Le sentenze con le quali si sia provveduto sopra domande in surrogazione a norma dell'articolo 575;

3° Le sentenze che rigettano eccezioni di nullità, salvo che la nullità riguardi il titolo in forza di cui si procede;

4° Le sentenze che rigettano opposizioni non proposte nel termine utile.

Annotazioni.

Non si parla che di *appello*. Giova ricordare che la *opposizione per contumacia* è bandita dai giudizi esecutivi (articolo 574). L'appello ammesso senza distinzione da altri Codici, o almeno dedotto dai ragionamenti della giurisprudenza, è mantenuto, ma si è voluto con savio proposito premettere delle limitazioni.

Al numero 1°.

Il provvedimento che ordina la vendita (articolo 623) prefigge eziandio il *giorno della vendita*. Eppure in qualche evenienza la sentenza non farà che *stabilire il giorno*. Ciò sarebbe se l'incanto non avesse luogo nel termine fissato. O si facesse luogo a ripetere l'incanto.

Al numero 2°.

Alquanto grave potrebbe sembrare la contestazione che è per nascere fra il creditore procedente ed altro creditore che gli vuol esser surrogato (articolo 575); ma si è dovuto osservare che tale contestazione è senza interesse per l'oggetto della esecuzione.

Al numero 3°.

a) *Eccezioni di nullità.*

Dal campo ristretto di sentenze indicate nel loro specifico oggetto, passiamo ad una determinazione collettiva, che merita di essere alquanto analizzata.

Vediamo che possa comprendersi sotto codesta dizione generica, *eccezione di nullità*.

Tutto quello che si fa in giudizio (poichè ci restringiamo a questo tema) e che non ha ragione di sussistere, o almeno di sussistere in quel dato modo, può esser colpito dalla *eccezione di nullità*. Ho detto *quello che si fa in giudizio*, mentre nel linguaggio della procedura non vi si comprendono quelle eccezioni che attaccano le convenzioni o i documenti sui quali una delle parti erige il suo diritto, e che la contraria impugna e combatte come nulli. Codeste sono eccezioni di merito, eccezioni riguardanti la sostanza del diritto, comunque possano versare intorno alla forma. L'eccezione di nullità o percuote i singoli atti del giudizio, ovvero oppugna tutto il giudizio di cui nega la legittima esistenza. Tal è l'eccezione d'incompetenza e declinatoria del fôro. Singolarmente considerati gli atti, possono impugnarsi: 1° rispetto alla *podestà* di colui dal quale provengono: 2° rispetto al loro *modo di esistenza* contrario alla legge; 3° rispetto al *tempo* in cui sono stati prodotti; ma non può cader dubbio che i vizi di tale maniera sono giudicati da sentenze che la legge dichiara inappellabili.

Credo di poter affermare che le controversie di forma appartengono tutte quante al magistrato della esecuzione, al pretore cui è affidata questa grave missione. Altre questioni ancora sono demandate al pretore, quale giudice del diritto sostanziale, anzichè del formale, nel qual caso sente i limiti della propria competenza, e la cognizione gli sfugge quando la competenza eccede. Ciò abbiamo veduto esaminando gli art. 570, 616, 647, 652. Il perchè *uno dei caratteri dai quali si possono riconoscere le sentenze inappellabili* significate in questo numero, egli è *di essere state proferite dal pretore quale magistrato e preside dell'esecuzione.*

Portare un momento lo sguardo sopra alcune controversie che, sviluppandosi dall'esecuzione, possono continuarsi in appello, sarà vedere l'altro lato dell'argomento.

Ma prima osserviamo con quale principio si regga il presente sistema; ciò può guidare in pratica a delle soluzioni importanti, sendochè quando sorgono dubbii (e in pratica ne sorgono sempre), sogliono decidersi secondochè il caso possa rassegnarsi alla regola, o debba piuttosto considerarsi come una limitazione.

Nei giudizi ordinarii, nei giudizi di diritto, *l'appello è la regola.* Custode della libertà giudiziaria, guarentigia di mature deliberazioni, è l'appello: la inappellabilità, nel sistema generale, è una limitazione. Ma nell'ordine esecutivo si trasmuterà questo concetto dell'appello? Il giusto rispetto della celerità che è una delle necessità di simili giudizi, produce questa logica conseguenza? Io persisto nel ritenere che l'appello è tuttavia la regola, e le sentenze inappellabili sono limitazioni, quantunque per la natura del giudizio molto comprensive; e ne deduco che chi contrasta l'appello, deve provare senza dubbiezza di trovarsi nel caso della eccezione.

Ora lasciando di ciò, potremo andar rintrac-

ciando qualche caso di questioni sorgenti dalla esecuzione, e *che anche possono manifestarsi sotto specie di questioni di nullità*, pertinenti però alla regola generale delle sentenze appellabili.

Se furono poste sotto esecuzione cose che ne sono immuni, almeno relativamente (articolo 585); se furono pignorati i frutti pendenti prima del termine prefisso (articolo 589); se furono messe sotto sequestro pensioni alimentarie (art. 592), la esecuzione è nulla, o se non altro può credersi nulla, e suscitare una querela di nullità. Saranno tali controversie comprese sotto questa rubrica, *eccezioni di nullità?* Certamente no. Non si tratta dell'organismo, della tessitura del processo, ma dell'oggetto di diritto, onde è, come ogni altra, una questione di fondo.

Nondimeno trovano il loro giusto termine anche siffatte controversie; ma è questione di *proponibilità*, ben diversa da quella di *appellabilità* delle sentenze che le decidono.

L'articolo 649 pone il suggello alla validità di tutta la procedura col fatto della *vendita* o *aggiudicazione*. Quantunque le controversie or ora enunciate non siano a rigor di termini *opposizioni contro gli atti anteriori alla vendita*, ecc., è però nello spirito e nella ragion della legge che non abbiano più a promuoversi, quando i mobili sono venduti all'asta. Ciò *quoad tempus*. Quanto all'appellabilità, resta sempre la differenza; perchè dato che le controversie siano sollevate in tempo, le sentenze sono appellabili o non appellabili, secondo che alla regola o alla eccezione debbano rassegnarsi.

b) Eccezioni di incompetenza.

L'eccezione d'incompetenza non è sempre una *eccezione di nullità*, ma può esserlo (*); anzi lo è d'ordinario, poichè coll'eccepire la incompetenza si domanda in modo implicito, e più spesso esplicito, le nullità di atti contrarii, o anche di un intero processo. Non parlerò qui che nella ipotesi più difficile, da cui più grave si solleva il dubbio della *incompetenza cioè di materia* o *valore*. Le occasioni non mancheranno; già quella competenza che mi permetterei di chiamare per un momento *inorganica* del pretore, che comparisce sempre nel regolamento del processo, indi il dividersi della competenza per valore fra esso e il tribunale civile, secondo le varie contingenze che abbiamo esaminate, sono esca a non poche questioni. Che sarà allora *in tema d'appellabilità delle sentenze* che saranno pronunciate?

Io non esito a decidere che tali controversie (**) appartengono alla regola che acconsente l'appellazione, e ciò, nonostante l'equivoco che può apparire nella formola — *eccezione di nullità*. La sua applicazione sembra proprio diretta alla *nullità dei singoli atti*, e non avere rapporto con quelle eccezioni che attaccano in radice il potere del giudice, e si estendono a tutta la procedura e alla sua ragione d'esistenza.

Ma poichè sono in questo soggetto, mi sia concesso di fare un'altra ricerca che riguarda semplicemente la *proponibilità* di simile eccezione. *Le nullità che derivano da incompetenza per ragione di valore sono esse proponibili dopo la vendita?*

La risposta è breve e negativa. Osservo che nello stesso articolo 187, ove questa eccezione è messa in rilievo, si dichiara *potersi proporre in qualunque stato e grado della causa;* ma non *dopo la causa*, se non per via di appellazione da sentenza non passata in giudicato. E sarebbe un *extra chorum*, e *dopo la causa*, insorgere con simili questioni finito il processo esecutivo. L'articolo 649 pare non escludere dalla sua lettera, quantunque poco perspicua, anche questa controversia della competenza; che poi è respinta irremissibilmente dallo spirito della legge onde non rinnovare i torbidi, e rimettere ogni cosa in litigio. Tutte le questioni posteriori vanno a concentrarsi sulla vendita o esecuzione.

c) Eccezioni di nullità contro il titolo per cui si procede.

Qui la riserva è espressa, ed ha una ragione che di leggieri s'intende. *Ma il titolo per cui si procede*, secondo il senso di questa legge, *è il titolo che propriamente si chiama esecutivo* (articolo 554); il titolo nel suo essere giuridico e nella sua sostanza; ovvero nelle sue qualità e condizioni? Il primo concetto non può esser quello della legge; essa non aveva bisogno di crearne una limitazione nel sistema degli appelli dalle sentenze che si pronunciano nel corso del processo esecutivo. Se la *sentenza* che si porta ad esecuzione non passò in giudicato, se è suscettibile d'appello, se è ingiusta o nulla, se non legalmente eseguibile, come sarebbe la sentenza di tribunale straniero

(*) I due §§ della Sezione II del Capo I, titolo IV, Libro I, separano di fatti questi due concetti. Qualche volta l'eccezione d'incompetenza non provoca che una remissione ad altro tribunale.
(**) D'incompetenza *per materia e valore*, intendiamoci, non d'altro carattere.

che non venne munita di *forza esecutiva* (articolo 941), tutto questo è fuori dell'orbita di un processo d'esecuzione; è nel dominio delle regole comuni alle *impugnazioni* delle sentenze. Il nostro articolo pertanto non può parlare che *o della forma esteriore* o *delle condizioni e qualità;* vale a dire se consti del rilascio del titolo in forma esecutiva, se sia eseguibile in ragione di tempo, se il credito risulti certo e liquido; cose che non riguardano la potenza intrinseca del titolo, bensì la sua attività ed efficacia. Si potrebbe sottilizzare sulla parola *nullità;* perchè talvolta non si procede per via di nullità, ma anco per contrariare e impedire la esecuzione: che dire allora? Diremo che le sentenze che risolvono questioni che interessano la causa stessa della esecuzione, il suo fondamento giuridico, non sono fra le eccettuate, e quindi sono appellabili.

d) Se le questioni intorno al precetto esecutivo (atto di comando) *si noverino fra quelle che riguardano il titolo per cui si procede.*

Il precetto può avere i vizi del titolo, dai quali non può andare assolto quando siano sostanziali; può ricoprirli talvolta se accidentali ed estrinseci (*). In quel caso è manifesto che attaccare il precetto è pari all'impugnare e attaccare il titolo. Ma il precetto può peccare di vizi suoi proprii per quelle imperfezioni, ad esempio, che risultano dalla inosservanza dell'articolo 563; o la sua efficacia è attuita dal tempo, e vuol essere rinnovata (articolo 566), ed altro ancora. Io ritengo che siffatte controversie, che portano alla nullità del precetto, si rannodino al titolo, concorrendo insieme a completare la base giuridica della esecuzione. Con questo riflesso l'appellabilità delle relative sentenze è assicurata.

e) Delle sentenze che si pronunciano dopo la vendita.

Può esser domandata la nullità della vendita, della delibera, dell'aggiudicazione. Non vi è ragione alcuna per sottrarre le conseguenti decisioni dalla disposizione limitativa di questo articolo.

Le sentenze di *distribuzione del prezzo* non dovrebbero presentar dubbio sulla loro appellabilità; certo è del pari che l'appellazione è disciplinata dalle regole dell'articolo 656.

Al numero 4°.

Vi è un termine utile per fare le opposizioni?

Ma noi siamo ricondotti anche una volta a disputare incresciosamente della parola *opposizione.* Spesso si è dovuto avvertire che nel giro del processo esecutivo questa voce sarebbe riservata ad esprimere le pretese sollevate dai creditori, e rassegnata al Capo VII, ad esse speciale. Poi la troviamo usata in un senso più generale, a comprendere, anche più direttamente, i fatti del debitore, le sue impugnative, i suoi contrasti più o meno studiosi per ritardare la rovina di cui è minacciato. Non vi è ragione per supporre che il vocabolo sia ora adoperato nel suo significato peculiare; e in fatti a questa interpretazione osterebbero due altri riflessi. Le *opposizioni dei creditori* non sono propriamente giudizi, non hanno d'uopo di essere sancite da sentenze, se non si tratti di rivendicazione. Oltre di che, non essendo prescritto termine alle opposizioni dei creditori, purchè siano anteriori alla vendita, la disposizione tornerebbe pressochè inutile (**)

Diremo adunque: *tutte le domande* che tendono a ritardare il progresso della esecuzione; poichè qui si scorge chiaramente l'impazienza del far presto e di finirla. Ma dove sono scritti codesti *termini utili,* dietro i quali sta irreparabile la decadenza? Io non li vedo. L'aggiunta del nuovo Codice non è delle felici; tanto più che potrebbesi, con questa mal digesta clausola, ferire qualche diritto ben importante, alcuno di quei diritti che la legge provvidamente ha posti sotto la salvaguardia dell'appello. Appunto perchè non avendo il Codice designati quei *termini*, al difetto di statuto positivo subentrerà l'apprezzamento morale; si dirà per esempio che la opposizione al precetto *è tardiva* ad un certo stadio della procedura; e basterà, se miglior senno non guida i giudici, il dire che *la opposizione è stata fatta fuori del termine utile,* per rendere inappellabile la sentenza.

Ma inappellabili non sono che *le sentenze di rigetto.* La costante presunzione di validità degli atti si congiunge al bisogno imperioso della celerità.

Articolo 656.

L'appello da ogni altra sentenza deve essere proposto nei quindici giorni della

(*) Esempio. Il titolo condanna, ma sotto condizione. Col precetto si esibisce la prova della condizione avverata.

(**) Altro e decisivo argomento di questa latitudine, attribuita alla parola *opposizione*, si ha nel capoverso dell'articolo 581.

notificazione, con citazione del debitore e delle parti che hanno interesse contrario alla riforma della sentenza a comparire a udienza fissa entro un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

Se si tratti di sentenza pronunziata da un tribunale civile, l'appello è notificato ai procuratori del debitore e delle altri parti interessate; se il debitore non abbia costituito procuratore, l'atto di appello è affisso alla porta esterna della sede del tribunale.

L'autorità giudiziaria di appello, pronunziando sulle controversie, rinvia per l'esecuzione all'autorità competente.

Annotazioni.

1. Devono citarsi *quelli che hanno un interesse contrario alla riforma della sentenza.* Poichè questa disposizione nella sua generalità comprende anche le sentenze di distribuzione, ove spesso gli interessi sono distinti, e sorgono questioni, quasi duelli nel campo, di cui gli altri concorrenti non sono che spettatori, così l'obbligo della citazione è stato limitato. La mancanza di citazione di un interessato non annullerebbe per se stessa l'appello (*), ma ne risulterebbe, come altre volte si ebbe occasione di avvertire, che la sentenza passa in giudicato rispetto alla parte non citata.

2. *Giudizio di concorso.*

In un giudizio di concorso già definito, i creditori collocati anteriormente al rango di coloro che vengono in contrasto, sono senza interesse in appello. Possono avere interesse i *posteriori* concorrenti che non ottennero collocazione, o solo in parte. Se Tizio, collocato in quarto luogo, riesce non solo a vincer Cajo, che fu collocato nel terzo, ma eziandio a spingerlo fuori del campo per difetto di credito, gli ultimi creditori ne profittano *eziandio non appellanti.* Il perchè, quantunque non abbiano parte diretta nella contesa, e quindi possano omettersi nella citazione, hanno sufficiente interesse per domandare l'intervento in causa. Prescindendo da ciò, risulta chiaro da questo ordine d'idee, che una sentenza di distribuzione di prezzo, quantunque materia eminentemente divisibile, consta di rapporti che, separati, si rannodano e si riuniscono per la forza delle cose; onde l'appellazione di un terzo giova pure a coloro che non hanno appellato, verificandosi quel fenomeno che è segnalato nell'articolo 471, n° 1.

Il creditore non appellato non può risentir danno; può invece avere un vantaggio dall'esito dell'appello. Ma l'appellante, vincitore per non aver chiamato in appello anche gli altri, dovrà egli medesimo patir danno della sua trascuranza?

La somma da dividersi fra tre creditori, *A*, *B*, *C*, era di lire 180, e fu divisa coll'assegnamento di lire 60 a ciascuno. *A* interpone appello citando *B* ed omettendo *C*. Vince, dichiarato creditore privilegiato per tutto il suo credito, che è di lire 120. Se avesse citati in appello gli altri creditori, avrebbe conseguito in preferenza le sue lire 120; gli altri due avrebbero dovuto contentarsi di lire 30 per caduno. Che ne avvenne? Che *B* è rimasto pregiudicato, laddove *C* riscuote tutta la parte sua di lire 60. Sendochè di questo danno fu causa l'appellante, *A* dovrà compensare *B* delle lire 30 che gli ha fatto perdere (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. 1, n° 745). È vera questa conclusione?

A rigore l'*interesse* che rende obbligatoria la chiamata in appello è il diritto che si ha di oppugnare direttamente la pretesa contraria; interessato, strettamente parlando, è il contraddittore legittimo; parti interessate, e perciò necessarie, sono quelle senza le quali non può aver luogo contestazione di lite. Altri interessi nondimeno si collegano a quelli che vengono in conflitto; ma non essendo che *conseguenze*, o non sono considerate dalla legge come obbligazioni dell'appellante; ovvero si ritiene sufficiente che codesti interessati di seconda mano trovino nella legge rimedii opportuni per garantire anche se medesimi dal danno.

Colla scorta di questi principii torno all'esempio; e la mia soluzione è alquanto diversa da quella dell'illustre giureconsulto che dettò quella parte del *Commentario.*

Ed a chiarezza conviene, nel caso proposto, osservare due ipotesi. In quella superiormente posta di tre creditori semplici, ad ognuno dei quali è assegnata la somma di lire 60, il cre-

(*) Salva indivisibilità, o almeno unità morale della causa (*V.* appresso).

ditore appellante, che allega un privilegio, in forza del quale dovrà esser collocato in primo grado per lire 120, il creditore appellante, io diceva, deve citare amendue i creditori assegnatarii, i quali hanno pari interesse *contrario alla riforma della sentenza*. Egli è vero, come si disse, che il non citato è sempre al sicuro sotto la difesa della cosa giudicata; ma prego gli uomini del fôro a riflettere che questa verità, che chiameremo *di conseguenza*, non è mica fondamento assoluto all'apatica teoria, che l'appellante può infine citare chi vuole; che peggio per lui se non ha citato alcuno degli interessati, imperocchè dovrà riconoscere il diritto loro come già definito; che il citato non potrebbe eccepire la non citazione degli altri, poichè la eccezione sarebbe *de jure tertii*. Io sento quanto importi accettare queste proposizioni con giusta misura. Concedo che non ci troviamo in termini di naturale o legale individuità, *ma di semplice comunione d'interessi*. Il citato può benissimo rispondere, che il sacrificio cui è costretto di fare, *non è che di trenta*, mentre il concreditore che non fu citato avrebbe dovuto seco lui dividere la perdita laonde se non piacque all'attore di citare anche quello, nessun pregiudicio può aver recato ad esso appellato, ed esso non rilascia che *trenta* soltanto sul grado assegnato. Ciò direbbe con ragione; ma potrebbe anche opporre che l'appellante non si è conformato alla legge; che non ha citato tutti gli interessati; che il concorso degli altri interessati costituisce forza e garanzia allo stesso appellato; che l'appello dev'essere respinto. La Corte suprema ha ritenuto anche di recente che in tema di graduatoria una comunione d'interessi, una indivisibilità morale, una unità almeno di reciproci rapporti, deve riconoscersi onde citare tutti gli intervenuti (1° luglio 1866, ricorso Arese, Relazione Cassiano); massima che certamente si modifica dalle circostanze dei fatti, come tosto vedremo, ma che, generalmente parlando, può aversi per un canone di ragione giudiziaria.

Facciamo l'altra ipotesi. Sono tre creditori privilegiati che si contrastano la somma di lire 120. *A* ha avuto il primo grado per 60; *B* il secondo grado per 60; *C* il terzo per gli altri 60; ma *B* appella per sostenere che a lui compete il primo e non il secondo grado, e per la somma di lire 120 e non di 60. Cita *A* che occupa il posto al quale aspira, e non si cura di *C*, che vien dopo. Vince, e *B* viene relegato al secondo posto. Ma questo è occupato da *C*, che nessuno ha citato, ed egli si riposa tranquillamente sulla regiudicata. Quali azioni od eccezioni competerebbero a *B* per farsi compensare del danno che gli avrebbe recato il non avere l'avversario citato in appello anche questo creditore?

Nessuna, a parer mio. *A* non aveva altro contraddittore legittimo e immediato che lui. La legge dava al citato *B* opportuno il rimedio. Egli doveva chiamare in causa *C* onde venisse a difendere il comune diritto, o venisse condannato a lasciargli il posto, una volta che *A* riuscisse vincitore. Ma quale differenza passa adunque fra caso e caso? Questa: che non essendo nel primo separazione di gradi, e non potendosi dire che l'uno dei creditori semplici sia collocato dopo l'altro, ma tutti avendo una collocazione uguale, il loro interesse è uguale, e l'azione del preteso privilegiato è comune. Non così nell'altro caso. Vi è distinzione di posti, e il primo è occupato da *A*, che per *B* è il solo ostacolo. Tale la differenza fra un concorso di creditori semplici, e privilegiati.

3. *Se la istanza d'appello non fu notificata a tutti quelli ch'ebbero parte nella distribuzione, la sentenza diventerà eseguibile a favore dei non citati?*

In mancanza di accettazione di tutte le parti, l'articolo 631 richiede al pagamento la condizione che *la sentenza sia passata in giudicato*. E conviene intendere ad ogni effetto, e per tutti i creditori. Il pagamento è contemporaneo per tutti, *a ciascun creditore*. Sebbene sia questa una eccezione nel sistema, essa è giustificata dalla qualità dei rapporti che hanno dovuto formarsi tra i diversi concorrenti, dalla unità del soggetto di esecuzione, che è un sol prezzo (*); dall'ordine e sicurezza annessa a siffatto metodo.

4. *Termine per comparire.*

Esso è tassativo, invariabile (da cinque giorni a quindici). La modicità di questo termine sta in relazione colla notificazione della sentenza. Il creditore eseguente deve aver eletto il domicilio nel luogo, colla notifica del precetto (articolo 562). I creditori opponenti hanno dovuto anch'essi eleggere il loro domicilio (art. 646, 647). Il domicilio o residenza del debitore è quasi sempre prossimo al luogo della esecuzione, se non è quello stesso. Se si tratta di appello da sentenza di tribunale, l'articolo nel capoverso 1° provvede anche in forma più spedita.

(*) Non così se i prezzi fossero separati e rispondenti a diversi *lotti* o gruppi di vendita.

5. *Rinvio per l'esecuzione.*
Credo che più semplicemente avrebbe potuto dirsi *al pretore che autorizzò la vendita* (articolo 654).

Articolo 657.

Quando la sentenza sia pronunziata sopra domanda in separazione dei mobili pignorati, o sulle controversie indicate nell'articolo 616, l'appello è regolato dagli articoli 485 e successivi; ma prima dell'udienza stabilita per la vendita, l'appellante deve far notificare al creditore istante o al suo procuratore, secondo la distinzione stabilita nell'articolo 656, la dichiarazione di avere appellato o di volere appellare dalla sentenza.

Articolo 658.

La dichiarazione, di cui nell'articolo precedente, sospende la vendita degli oggetti ai quali si riferisce.

Annotazioni.

Le controversie indicate nell'articolo 657 sono giudicate di una importanza superiore, e sono regolate dal sistema comune delle appellazioni. La *dichiarazione* lvi imposta al rivendicante che ha perduto nel primo cimento, ha certo l'oggetto di impedire la vendita se si può; dico *se si può*, perchè il redattore di questo testo, che non è il migliore del Codice, si è trovato sul bivio o di restringere, fors'anche eccessivamente, i termini dell'appellazione contro la regola comune che si voleva adottare, o di permetter la vendita: vendita che va a scompigliare tutti gli interessi, mentre il rivendicante non potrà più riconperare i suoi mobili, e l'appello non avrebbe più scopo. Ma non so davvero cosa valga *il dichiarare che* SI VUOLE *interporre l'appello*, ove poi non s'interponesse in effetto. O il termine dato all'appellazione, quantunque in vero assai lungo ed esorbitante dalla consueta speditezza di questo procedimento, o il termine, dissi, è sospensivo, o non lo è. Se è sospensivo, non occorreva *dichiarazione di voler appellare;* se non lo è, e soltanto l'appellazione in atto può sospendere, la dichiarazione di voler appellare non è l'appellazione effettiva. Alcuno potrà ritenere (cosa che non darei per sicura) che il dichiarante assuma un certo obbligo *morale* di appellare, sotto emenda di danni. Sarebbe cavar una lite da un'altra senza ragione. Ma noi per la forza dell'articolo 658 siamo costretti a dire che il termine dato dalla legge in questo specialissimo caso non è sospensivo, giacchè è *per la detta dichiarazione* che si sospende la vendita. Non si saprebbe poi perchè *si dovesse far la dichiarazione di aver appellato*, quando l'appellazione fosse seguita, e le parti fossero state citate in giudizio d'appello.

Intanto si fa la dichiarazione di *voler appellare;* il creditore è obbligato a rispettarla; e scorrono sino ai sessanta giorni (articolo 485, n° 2). Colui che probabilmente d'accordo col debitore fece una lite di rivendicazione senza coscienza, non appella; ma si è guadagnato due mesi. O non si rispetta la dichiarazione, si procede alla vendita, ecco una pretesa di danni che non ha più fine. Sorgerà il dubbio gravissimo se per dar corpo a tale pretesa sia più necessario l'appellare; e più facilmente si direbbe che l'azione reale si è trasformata in personale per i danni contro il creditore esposto alle più dure conseguenze.

Rassegno questi due articoli alle considerazioni del futuro legislatore.

Digitized by Google

TITOLO III.

DELL' ESECUZIONE SOPRA I BENI IMMOBILI

CAPO I.

DEL GIUDIZIO DI ESPROPRIAZIONE

OSSERVAZIONI GENERALI

Richiamo l'attenzione sul trascritto rapporto del ministro guardasigilli, nel quale si espongono le somme difficoltà che si presentavano alla nuova sistemazione di questa rilevantissima parte della procedura. Quella della preordinazione del prezzo dell'immobile fu la principale. Niuna legislazione era riuscita in un primo sforzo a comporre un sistema soddisfacente. La legislazione francese del 1806 aveva dovuto riformarsi nel 1841; la napoletana del 1819 nel 1828, e le riforme non bastarono; quella di Sardegna, che, carica d'esperienza e di prove, veniva promulgata nel 1859, incontrò vivissima opposizione, dice il Ministro, nelle nuove provincie. Dove si era preferito l'*apprezzamento del creditore*, dove il sistema delle perizie, e gli inconvenienti si erano manifestati ugualmente; ora è sembrato migliore un *sistema misto*. Si adottò il diritto della offerta iniziale, competentemente regolata; la perizia a supplemento; e si ammisero le successive rinnovazioni degli incanti, ad evitare l'incongruo e dannoso assegnamento obbligatorio al creditore. Il legislatore avrebbe, fra mezzo a tutto questo, lasciata la più larga parte al diritto d'offerta non solo a favore del creditore istante, ma eziandio dei singoli creditori iscritti, con norme misurate, per ovviare al maggior danno, che è quello delle vendite giudiziali o tese od avventate, coi pericoli che vi si annettono e colle spese gravissime che ne sono la conseguenza. A tali vedute furono coordinate, dice la Relazione, le disposizioni secondarie e di modalità.

SEZIONE I.

Della spropriazione contro il debitore.

§ 1.

Disposizioni preliminari.

Articolo 659.

Nel precetto per l'esecuzione sopra i beni immobili deve farsi al debitore l'intimazione di pagare nei trenta giorni successivi l'importare del debito, e l'avvertimento che, non pagando nel detto termine, si procederà alla subastazione dei

Digitized by Google

beni immobili che saranno nel precetto indicati a norma dell'articolo 2084 del codice civile.

Il precetto è trascritto a termini dell'articolo 2085 dello stesso codice.

Annotazioni.

Precedenti storici. — Secondo l'antico diritto, generando la sentenza di condanna l'*actio judicati*, dovevano primieramente oppignorarsi le cose mobili e gli animali; indi gli immobili, per ultimo *jura;* e se non si offerisse compratore, si passava all'aggiudicazione (*addictio*) a favore del creditore per la quantità del credito, e se il credito fosse maggiore ed egli si rimanesse contento ai beni aggiudicati, si reputava avere transatto, e nulla di più poteva chiedere (Leg. 15 Dig. de re judic.). V'era un giudice chiamato *executor*, che aveva la missione di mandar ad effetto la sentenza, sentite le parti, rispettando però l'autorità del giudicato; ma qualche volta era investito dai magistrati del popolo a giudicare le controversie che sorgevano sulla esecuzione della sentenza (*viator vice arbitri*, Leg. 82 Dig. de judiciis). La vendita serrava la via a quelle azioni che avrebbero potuto mettere in pericolo l'acquisto: ed era quello stesso principio di pubblica guarentigia da noi professato, in fatto di cose mobili, le azioni vendicatorie dovere esercitarsi innanzi la vendita. Il pagamento in danaro e subito; ma un certo arbitrio si vede ai giudici concesso (Leg. 15 Dig. de re judic. § 10): indispensabile, ove le forme del procedere erano sì scarse che quasi non se ne aveva traccia.

La preferenza data all'esecuzione mobiliare sulla immobiliare non teneva punto, io penso, a quei motivi che col volger dei tempi fecero le legislazioni avverse e quasi ripugnanti alla spropriazione dei beni fondi. I pochi scrittori che hanno creduto di poter ragionar su questa materia, hanno giustamente avvertita la occulta influenza degli ordini feudali e dei falsi concetti economici che la sola ricchezza patrimoniale ponevano nella terra, e dei valori mobiliari e circolanti non avevano ancora l'idea che fu il portato del commercio e della civiltà crescente.

Le antiche consuetudini, e le italiane non meno delle francesi, contrariavano apertamente a codesto spropriamento della terra; e dov'era pressochè interdetta, vedevasi compensata dalle famose immissioni *in possesso salviano* per un certo numero d'anni, o per lo più sino alla estinzione del credito; e dove la vendita forzata era permessa, il soverchio delle formalità o delle spese rovinava ad una volta e debitore e creditori. Immaturi i tempi per comprendere il beneficio della pronta e libera circolazione dei beni, il possesso del creditore era un'enormità per le conseguenze, restando i beni soggetti ad un'amministrazione rovinosa, e inalienabili; era una ingiustizia per il creditore che non arrivava mai a conseguire il pagamento. Nella nuova èra di civiltà che splendeva fra gli orrori della rivoluzione francese, un sentimento di giustizia, la opportuna valutazione dei principii del credito, imposero una generale riforma dell'espropriazione forzata; è celebre la legge dell'11 brumaio, anno VII, che in odio alla gravezza antica studiò la maggiore rapidità, la maggiore semplicità delle forme. La legislazione del Codice di procedura non fu sempre progressiva perchè posteriore; e l'ordinamento sulla spropriazione forzata tornò a caricarsi di formalità rimproverate alle pratiche anteriori. La Legge 2 giugno 1841 le moderò; furono tolte via certe trascrizioni nei registri di cancelleria, certe inserzioni e notificazioni superflue, il deliberamento preparatorio, ecc.

Il Codice di procedura civile francese dominò nel regno delle Due Sicilie sino al 1819; indi colla Legge 29 dicembre 1828 fu fatta qualche notevole riforma che non ebbe i risultati che si speravano. E migliori apparvero i successivi di Roma, Parma, Toscana e Modena. Il Codice di Ginevra, che è sempre stato in maggior pregio, soppresse alcune delle più onerose formalità del Codice francese; il pignoramento con tutto il suo apparecchio, l'aggiudicazione preparatoria, i quaderni portanti le condizioni della vendita e il congresso dei creditori per discuterle.

Un buon sistema di espropriazione forzata si collega logicamente coll'ipotecario; in Piemonte si tentò questa relazione col noto Regio Editto del 16 luglio 1822; e venne anche ristretto l'obbligo dell'anteriore esecuzione sui mobili, facendone una eccezione a favore dei minori ed altri privilegiati; l'immissione in possesso del pegno fu abolita; ma l'aggiudicazione provvisoria al creditore, oggetto di tanti contrasti, fu conservata. Il Codice di procedura del 1854 si modellò in massima parte sul Regio Editto, anche quanto alle forme.

Digitized by Google

Il Codice del 1859 non apportò modificazioni d'importanza; il sistema in generale e il giro delle forme può dirsi lo stesso. Fra le altre cose meritevoli di critica, restà il doppio metodo dell'*aggiudicazione* e della *subastazione* in facoltà del creditore procedente, il quale nell'*atto di comando* doveva dichiarare la scelta che poteva anche mutare passando da un metodo all'altro finchè non fosse seguita l'aggiudicazione o la subasta, col carico però delle spese. Nel sistema dell'aggiudicazione precedeva ad ogni modo una perizia, indi seguiva l'aggiudicazione a favore del creditore *ad un quarto meno della stima*; ed era messo tosto in possesso. Ed ove l'immobile non fosse suscettivo di divisione, essendo il suo valore superiore a quello del credito, il fondo veniva per intero aggiudicato senza il benefizio del quarto.

2. *Oggetto della esecuzione immobiliare.*

Una corrispondenza deve esistere fra quei pronunciati del Codice civile che teoricamente distinguono i *beni immobili* dai *mobili* (Titolo I del Libro II), e le applicazioni che si manifestano nel punto di vista della esecuzione forzata. L'argomento è stato sufficientemente trattato, quando si parlò della esecuzione sui mobili (art. 577), ove la tesi ha avuto nel duplice rapporto una certa dimostrazione. Il dubbio non può nascere che relativamente agli immobili *fittizi* o creati dalla ragion civile, tali non essendo per natura, come i *mobili per destinazione immobili* (articolo 413 del Codice civile); immobili non a perpetuità, ma a certe condizioni, quali sono i mulini ed altri edifizi di simil genere che possono svellersi dal suolo e diventar mobili; gli alberi e le piante (articoli 409, 410, 411 del detto Codice). I *mobili per destinazione* si reputano immobili, anche per l'effetto dell'espropriazione; si reputano cioè accessorii di quelli e formanti un tutto finchè vi restano idealmente uniti. Ma in più luoghi del commento è stato altresì dimostrato che i prodotti dell'immobile, quantunque considerati della stessa natura fintantochè non siano divelti, prendono però carattere di mobili, quanto al sistema della esecuzione, ogni volta che siano colpiti qual mobili, ossia all'*oggetto di venderli separati dal suolo* al quale possono ancora attenersi per un tempo più o meno lungo, per circostanze d'immaturità o altro, ma infine sono *obbiettivamente*, o si considerano, staccati dal suolo.

Del resto i prodotti del suolo non sono accessorii dell'immobile se non quando la esecuzione percuota il suolo medesimo; il che diciamo eziandio di quelle vaste produzioni che rappresentando piuttosto un capitale permanente, e sorgente esso medesimo di frutti, come le selve di alto fusto, furono anche per se stesse ritenute suscettibili di enfitesi (*). Ma la differenza sta in ciò, che la costituzione dell'enfitesi suppone *la permanenza e stabilità del bosco come produttivo di frutti, inerente per natura alla superficie su cui si eleva*; mentre la esecuzione tende alla vendita delle stesse piante come proprio oggetto, e le considera come non più attaccate al suolo, eccettochè il suolo medesimo non sia posto sotto esecuzione.

a) Della esecuzione sull'usufrutto.

Il celebre autore del progetto del Codice ginevrino osservò in questo proposito che « l'usufrutto non si compone essenzialmente che « di rendite dei frutti dell'immobile, ed il modo « di sequestro introdotto nel Titolo precedente (del sequestro) offre ai creditori un « mezzo bastevole e sicuro di attribuirsene il « prodotto sino alla cessazione dell'usufrutto ». L'usufrutto è considerato dalla legge *diritto immobiliare* (articolo 415 del Codice civile); e quindi capace d'ipoteca (Leg. 11 § 2 Dig. de pign. et hyp.) (articolo 1967, n° 2, del Codice civile). Percepire dei frutti ed avere un diritto di percezione sui frutti, sono concetti diversi. Onde il TROPLONG: « La saisie des fruits ne « peut donner lieu qu'à une distribution de « choses mobilières (articoli 579 e 635 del Codice di procedura). Ce qui dans l'espèce « (trattavasi di un caso speciale, ma il principio è generale) est grevé d'hypothèque, c'est « *le droit et non les fruits*; le droit qui est un « démembrement de la propriété; et qui a par « lui-même une valeur comme une propriété, « et qui, comm'elle, donne un droit aux fruits « annuels (*Privilèges et hypoth.*, n° 400). O si tratti d'ipoteca, o di esecuzione forzata, bisogna ad ogni modo poter affermare nel debitore il *diritto di obbligare* le cose come proprie; e quindi non si può sinteticamente disgiungere la percezione dei frutti dalla *idea di percepirli con diritto*. Anche l'affittuario percepisce i frutti, e li percepisce con diritto, e non per un solo, ma sovente per una serie d'anni; e può ben dirsi esattamente che quello dell'affittuario è un *diritto* di percepire i frutti, considerata la somma delle percezioni. Nondimeno non è tale che sia capace d'ipoteca, nè

(*) BORSARI, *Del contratto enfiteutico*, capo I.

viene espropriato colla forma degli immobili. La vera differenza già balenata all'alta mente di TROPLONG consiste *nella suscettibilità che ha l'usufrutto di combinarsi col concetto della proprietà*, secondo le viste e gli scopi della ragion civile (*), considerando che nel diritto di usufrutto si riuniscono condizioni sufficienti per rappresentare in esso le prerogative della proprietà, vuoi per il titolo, o per il sentimento del possesso, o per la solidità che l'usufrutto presenta alla guarentigia dei diritti reali che vi sono sovraposti. È in forza di siffatte condizioni che l'usufrutto è spropriato colle forme della esecuzione immobiliare, perchè involve la stessa proprietà in certa limitata misura, e sviluppa da sè i diritti reali a cui serve di base e guarentigia, come le ipoteche che con esso vengono a realizzarsi (**).

L'*usufrutto degli ascendenti* è dichiarato incapace d'ipoteca (articolo 1967, n° 2 del Codice civile), perchè *ipotecare* è *alienare*, e il carattere della intrasmissibilità ha suggellato l'eminente personalità di questo diritto, che per conseguenza nel consenso universale è ritenuto insequestrabile, anche nell'interesse dei figli.

I *diritti d'uso e d'abitazione* sono *personali*, incessibili, e quindi impignorabili in una forma qualunque.

b) Dell'azione di rivendicazione di un immobile.

La legge (art. 415 del Codice civile) pone fra gli *immobili per l'oggetto a cui si riferiscono* « le azioni che tendono a ricuperare « immobili o diritti ad essi relativi ».

Si è potuto mostrare nel corso delle nostre osservazioni, che la distinzione dei beni proclamata dalla legge generale a molti e diversi effetti (***), non è sempre nominale per quanto riguarda il metodo dell'esecuzione; essendovi in realtà dei diritti considerati immobiliari, che o non sono suscettibili di veruna maniera di espropriazione, ovvero sottostanno alle forme dell'esecuzione mobiliare. Ma la questione non sta qui; non si deve tanto indagare se l'*azione* sia espropriabile col rito dell'esecuzione mobiliare o immobiliare, quanto se sia pignorabile.

Io non svolgerò questo tema: non farò che additare la conclusione che credo più opportuna, che è precisamente questa, che si tratta di *materia insuscettibile d'espropriazione*. Così decidono JAMBLE, *Répertoire*, v° *Expropriation*, t. V, pag. 42, n° 3; BERRIAT, pag. 570, n° 21; PERSIL, quest., t. II, pag. 379; CHAUVEAU, all'art. 673 del Codice francese, quest. 2198; *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 380.

Ripetendo qualche ragione del PERSIL, e qualche altra aggiungendo, dirò in breve, non esser materia di esecuzione forzata che le azioni e i diritti di pronta e facile realizzazione. Che l'immobile, a cui l'azione aspira come a proprio oggetto, non è ancora nel patrimonio del debitore per quanto vi possa essere l'azione. Che fra la pretesa e il compimento effettivo del diritto essendovi di mezzo una lite più o meno lunga e difficile, non si tratterebbe infine che di oppignorare e subastare un diritto litigioso. Che ciò è possibile, ma il prendere questo partito sarebbe rovinoso, mentre non si riuscirebbe che ad alienare per un guscio di noce ragioni fors'anco di molta importanza; sarebbe immorale: esca a speculatori ed accattabrighe; ripugna allo spirito saggio e prudente di questa legge di cui non si saprebbe invocare un articolo a sostegno di tale sistema. Che fare pertanto? Gli scrittori di questa opinione osservarono non rimanere ai creditori altro rimedio che quello di farsi surrogare nei diritti del debitore ed esercitarli in nome suo (****).

c) Delle servitù prediali.

« La servitù prediale (insegna l'articolo 531 « del Codice civile) consiste nel peso imposto « sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un altro « fondo ». Benchè classificate fra le cose immobili (articolo 413 del Codice civile), le *ser-*

(*) Prego di tener conto di questa proposizione, per la quale si dimostra essere il *diritto reale* dell'usufrutto un concetto moderno; una creazione, si direbbe, della legge civile; per gli antichi era classificato fra le *servitù personali*.

(**) In che mai consiste il vantaggio della proprietà stabile se non nel percepirne i frutti? I nostri pratici distinguevano l'*usufrutto causale* dal *formale*; ma infine è sempre usufrutto che può essere a perpetuità od a tempo.

(***) La varietà di simili effetti è delineata nella Relazione dell'illustre PISANELLI, uno dei giureconsulti più benemeriti della nuova legislazione, in quelle parole: « È necessario conoscere quali siano i beni che « la legge ritiene come immobili o mobili, sia per ri- « guardo ai diversi diritti di cui sono capaci, o ai di- « versi modi di acquistarli, sia per determinare nei « varii casi il significato delle espressioni usate nelle « disposizioni della legge e dell'uomo » (Relazione ministeriale sul Libro II).

(****) Non vado più oltre in un tema che desidera un trattato. Il determinare come, in quai casi e in quai modi i creditori, o quali creditori, possano sottentrare per forza di diritto nelle azioni del debitore per esercitarle in nome suo, non è materia da esaurirsi in poche pagine. Voglio qui di una cosa sola far nota, ed è, che l'articolo 1257 del Codice civile albertino e la nozione di diritto che conteneva, non hanno trovato un corrispondente nel Codice italiano; onde la teoria presenta sempre maggiori difficoltà.

vitù prediali non sono espropriabili nè alla forma degli immobili, nè in verun altro modo; non essendo che *qualità* e modi di essere del fondo dominante col quale solo possono essere spropriate (TROPLONG, *De l'expropriation forcée*, nº 4).

3. *Della espropriazione del fondo specialmente ipotecato.*

La stipulazione di un'ipoteca speciale impegna rispettivamente il debitore e il creditore. Quest'ultimo si lega in qualche modo (*) all'escussione preventiva del fondo ipotecato, tanto in confronto di altri immobili non vincolati alla sua ipoteca, che a quelli ch'egli tenesse vincolati con ipoteca generale (Leg. 2 Cod. de pign. et hyp.; POTHIER, *ad Pandect.*, lib. XX, tit. V, § 5, nº 17). Questo principio già accolto nella legislazione civile francese, ha ricevuto la sua solenne sanzione anche nel Codice civile italiano. « Il creditore senza il con« senso del debitore non può far subastare gli « immobili che non sono ipotecati a suo favore, « *se non quando i beni ipotecati pel suo cre« dito siano insufficienti* » (articolo 2080). Non può negarsi che qualcosa di oppositivo non si presenti in questo articolo col 567 della procedura, il quale però si spiega nel senso che *la simultaneità dei mezzi esecutivi non autorizza l'eccesso delle forzose apprensioni*; e nel caso attuale la legge considera appunto come eccessiva la esecuzione sopra immobili non ipotecati, esistendo una convenzione in forza della quale il creditore ha ricevuto un pegno che si presume sempre sufficiente a guarentire il credito. La legge mostra il suo giusto interesse a favore della proprietà stabile: interesse regolato dal principio di giustizia e dal rispetto delle convenzioni.

Se l'ipoteca si estende a più fondi, io convengo coll'illustre SCIALOJA (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, part. I, pag. 403) che non sarà lecito venir cercando il limite della sufficienza, e tutti si potranno apprendere e mandare ad esecuzione; o perchè nella legge non esiste la limitazione, o perchè siamo in termini di disposizione eccezionale, moderatrice di quel diritto che a favore dei creditori è scritto nell'articolo 1949 del Codice civile, e non può estendersi oltre quello che la legge letteralmente prescrive. Nondimeno se per la quantità e valore dei fondi, comechè tutti ipotecati per lo stesso credito, la esecuzione si manifesti eccessiva, il provvido rimedio dell'articolo 567 avrebbe luogo, senza pregiudizio delle ulteriori esecuzioni.

Poichè la nuova legge ci ha recato l'immenso benefizio della *specialità di tutte le ipoteche*, è fatto inutile per noi il ricercare (questione che affaticò la giurisprudenza francese) se i fondi specialmente ipotecati debbano escutersi prima di quelli che non sono colpiti *che da ipoteca generale*, secondo la prisca tradizione del diritto romano, che fu concetto tanto elevato e tanto fecondo nei secoli posteriori.

La legge non prescrive il metodo che dovrà usarsi per provare la *insufficienza*. Intanto è stabilito nelle dottrine e nella giurisprudenza, che non è punto necessario di premettere l'esperimento della vendita dei beni ipotecati, ma la insufficienza potrà provarsi con altri mezzi eziandio presuntivi (TARRIBLE, tom. II, nº 165; TROPLONG, *De l'expropriation*, nº 24).

Il creditore può colpire i terzi possessori del fondo specialmente ipotecato, senza che gli possa essere opposta la eccezione di escussione sopra altri fondi, comunque rimasti in mano al debitore, ma non soggetti ad ipoteca speciale. Ciò è elementare nel nostro sistema. Ma dal riconoscersi nel creditore tale diritto, ne consegue forse ch'*egli abbia pur anco la obbligazione di perseguitare il fondo ipotecato in mano al terzo*, prima di apprendere gli altri immobili non ipotecati, specialmente che si trovano in mano del debitore? Si sente la impressione di questo dubbio, ma l'articolo 2076 del Codice civile è abbastanza generale onde risolverlo colla precisa e letterale applicazione del seguente articolo 2080. Niun ostacolo riceve il diritto del creditore nel suo esercizio dal passaggio dell'immobile ipotecato in mano del terzo, poichè egli *può farlo subastare* ugualmente.

4. *Del titolo esecutivo* (*).

La legge civile ha un interesse a regolare la espropriazione degli immobili; ha la sua obbiettiva nell'ordine sociale a cui estende in certo modo la sua tutela, evitando scosse troppo violente alla fortuna della famiglia. Perciò non teme di confondere la sua ingerenza con quella del Codice di procedura, e

(*) Uso questa frase, poichè niuno impedisce al creditore di valersi de' suoi diritti sui mobili, anche contemporaneamente alla esecuzione sugli stabili secondo la estesa concessione dell'articolo 567.

(*) *Autenticità* ed *esecutorietà*, dice GRENIER, sono cose distinte. « Le premier se rattache à la essence du « titre: elle prend son principe dans la loi même. Le « seconde concerne principalement les formes ». E per aversi la forma esecutoria nel titolo « il faut qu'il soit « revêtu de l'intitulé des lois et terminé par un man« dement aux officiers de justice de mettre le présent « acte à exécution, lorsqu'ils en seront legalement re« quis » (*De l'expropriation*, nº 41).

prevenirne talvolta le disposizioni. Quindi all'articolo 2081 del Codice civile si trovano rispondenti gli articoli 563 e 568 della procedura, che indichiamo senza ripetere le cose dette intorno a quest'ultimo articolo.

5. *Del precetto.*

a) Il precetto è una ingiunzione che precede ogni specie di esecuzione forzata. I suoi caratteri generali e le sue forme sono descritte nell'articolo 563. I successivi 577 e 659 non fanno che avvertirne le differenze. Le forme dell'articolo 650 sono essenziali. Non si parla più che di *subastazione*. La procedura sarda del 1859 aveva inaugurato il sistema duplice dell'*aggiudicazione* e della *subastazione*, a scelta del creditore; sistema che conferiva alla speditezza, e non mancava di una certa utilità; il nostro legislatore per altro lo rivide e ci pensò, e credo di non aver trascurato il buono abbandonando l'arbitrario che c'era dentro, e largheggiando un tal quale sviluppo al diritto di offerta, come vedremo in seguito.

b) Della indicazione dei beni e della trascrizione.

Il nostro articolo si rimette al 2084 del Codice civile, e questo si conforma al 1979, onde diventa necessaria quella rigorosa precisione che deve usarsi nello iscrivere un'ipoteca. La primitiva Legge 11 brumaio, anno VII, aveva pure adottata codesta formalità, che nel Codice di procedura fu senza compianto abbandonata, non iscorgendosi la ragione della sua esistenza. I Codici sardi parvero oscillare intorno alla convenienza di caricarne l'*atto di comando*; lo impose quello del 1854; cangiò sistema la legislazione del 1859 (art. 785), alla quale bastò la comminatoria di un'esecuzione immobiliare. Devesi però avvertire che in atti successivi della procedura, la formalità della indicazione degli immobili era prescritta; e parlando di quest'ultima, era prescritta sì nella istanza di aggiudicazione (art. 788, n° 3), che in quella di subastazione (art. 793), alle quali istanze corrispondeva una sentenza sottoposta alla *trascrizione*. Dell'avere il nostro articolo riassunto quel rito nell'atto iniziale, il precetto, evidentissima è la ragione in ciò che *il precetto stesso dev'essere trascritto* all'uffizio delle ipoteche, secondo l'articolo 2085 del Codice civile.

La importanza della *trascrizione* è specificata nel prefato articolo. Due sono i massimi effetti che ci riguardano: 1° la immobilizzazione dei frutti; 2° il suggello d'inalienabilità che s'imprime ai fondi che sino da quel momento sono messi a disposizione del giudice. Il debitore non è spogliato del materiale possesso ove non sorgano contraddizioni per parte di creditori; ed allora il nominare un altro sequestratario è nella facoltà del giudice, mosso da ragioni ch'egli solo deve valutare.

c) Del giudice competente.

È sempre il tribunale civile nella cui giurisdizione sono situati i beni (*V.* appresso, articolo 662).

d) Della trascrizione da eseguirsi in ogni ufficio dei luoghi ove sono gl'immobili esecutati (articolo 2085 del Codice civile).

La *trascrizione* è uno dei doveri del creditore; e la non trascrizione sarebbe la negazione dei sopra notati importantissimi effetti, onde l'esecuzione mancherebbe d'ogni efficacia, sarebbe come non fatta, sebbene il precetto non fosse nullo (*). Ma essendo gli immobili situati in diversi circondarii, e non praticandosi in ognuno la trascrizione, quale sarà la conseguenza? Niuna parte dell'esecuzione sarà efficace, o solamente resterà incompleta e senza conseguenza quella che riguarda i fondi per i quali non si è operata la trascrizione?

Potrà domandarsi primieramente se la questione è possibile. Ordinava l'articolo 2346 del cessato Codice albertino che « un creditore « non potesse in forza del medesimo titolo esecutivo istituire contemporaneamente un giudizio di subastazione forzata *sopra beni situati in più distretti*, ossiano circondarii « della conservazione delle ipoteche, e non « compresi in una sola coltivazione, fuorchè « in caso d'insufficienza dei beni posti in un « circondario », disposizione che non è stata ripetuta nel Codice italiano. Si è levata questa pastoia, e si è fatto bene.

È dunque possibile non solo, ma libero al creditore di estendere ai fondi de' varii distretti la sua esecuzione. Ma si avranno esecuzioni che potranno sino a un certo punto considerarsi distinte. Mi spiego. È giusto, e il debitore può reclamarlo nel suo interesse, che la esecuzione, quantunque praticata sopra più fondi, continui con una certa unità, e s'intende con quella unità che è permessa dalla varia situazione loro e dalle diverse competenze a cui soggiace il processo, come si verrà schiarendo nel corso dei nostri studii sopra questa materia. Ma è nell'interesse dello stesso debitore che la esecuzione sopra molti fondi mi-

(*) Non avendo seguito il precetto nei cento ottanta giorni (art. 566) dovrebbe poi rinnovarsi.

nacciata dal precetto, si venga restringendo ad alcuni di essi che si trovino realmente svincolati per difetto di trascrizione, onde non avrà d'uopo di esperire un'azione di nullità. La esecuzione adunque sarà proseguita contro gli altri beni; la mancanza della trascrizione potrà equivalere ad un abbandono (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, part. I, n° 878).

e) Dell'alienazione fatta dal debitore nel giorno stesso della trascrizione.

Argomentando dalla espressione *à compter du jour de la transcription* (art. 686 del Codice di procedura francese), il CHAUVEAU deriva che l'alienazione fatta pure un momento innanzi la trascrizione sia valida (quest. 2298). Si pronunciarono contro PERSIL, ROGRON, e da ultimo l'autore di questa parte del *Commentario al Codice sardo* (vol. V, part. I, pag. 430) su formola identica a quella dell'articolo 2085 del nostro Codice civile, *dalla data della trascrizione*, che prova in quel medesimo giorno avverarsi la inibizione. La nostra legge non ebbe motivo di sottilizzare su questo punto: già il precetto pone il debitore in mala fede; le sue alienazioni in quella stretta dei conti non sono immuni da grave sospetto di frode. Provandosi la quale, eziandio prima dell'alienazione, gli atti del debitore possono annullarsi (*).

f) Se i creditori iscritti possano eccepire la nullità della vendita fatta bensì dopo la trascrizione, ma col consenso del creditore espropriante, prima della notificazione del bando.

Disponeva l'articolo 692 del Codice di procedura francese che, *dopo la denunzia del pignoramento*, la parte oppignorata (procedendosi in quella legislazione per via di oppignoramento) *non potesse più alienare gli stabili, sotto pena di nullità*, non occorrendo a questo effetto veruna pronunciazione. Nel 1841 vi fu surrogato il nuovo articolo 686. « La partie « saisie ne peut, à compter du jour de la trans« cription de la saisie, aliéner les immeubles « saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit « besoin de la faire prononcer ». L'articolo 695 dell'antica procedura ordinava la notificazione del bando ai creditori iscritti. La Corte di Grenoble ebbe a decidere due volte questo punto di diritto, e proferì sentenze opposte. Nel 27 giugno del 1817 adottò la massima più rigorosa. Non sentì ostacolo dalla formalità di notificare il bando ai creditori iscritti; disse che la inibizione di alienare doveva ritenersi da quella indipendente, non essendo una condizione della nullità; la disposizione dell'art. 692 essere assoluta. Mutò parere nella sua decisione del 3 aprile 1821, nella quale avvisò che la notificazione del bando ai creditori iscritti dovesse considerarsi come il momento in cui essi acquistavano il diritto di eccepire la nullità; che per conseguenza il pignoramento poteva risolversi, a volontà del creditore oppignorante e senza il loro consenso; dimostrava la ingiustizia e l'assurdo nell'angustiosa e indebita posizione che verrebbe a crearsi a danno del proprietario.

Il TROPLONG, nel trattato *Della prescrizione* (n° 640), si è molto esteso su questo argomento, ed ha creduto di stabilire, anche valendosi delle tradizioni del diritto romano e di tutte le pratiche posteriori, che il *punto di unione* dei creditori, aventi diritti reali sull'immobile (iscritti o no) quello era del sequestro, agli effetti, da lui considerati, della prescrizione (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, part. I, pag. 442).

Per noi la questione è risoluta con poche parole. L'articolo 2085 del Codice civile è decisivo. Il debitore subisce un'assoluta interdizione; la ingerenza dei creditori dopo la trascrizione, anteriormente a qualunque notifica, è accertata dal diritto che appartiene ad ognuno di essi di *far nominare un altro sequestratario*. Altro argomento non meno decisivo è quello dell'articolo 575 del Codice di procedura. Se i *creditori iscritti* possono continuare la procedura, surrogandosi al creditore procedente, senz'indicazione di tempo, è chiaro che la legge li considera come associati al pegno sino dall'atto della trascrizione. Non parliamo che di *creditori iscritti*; e di altri invero non si può parlare. Bisogna escludere, e non faccia meraviglia, i creditori a *privilegio non iscritto*. Oltre la lettera dell'art. 575 c'è la ragione. I creditori privilegiati e non iscritti hanno bensì, o possono avere, prevalenza sui semplici creditori ipotecarii; ma la virtù del loro diritto non si spiega che nel concorso; fuori di quello non appariscono nelle esteriorità del mondo giuridico, in quel gran campo della pubblicità, che è il libro ipotecario. *Non hanno la loro azione fondata nella iscrizione*, che sola attribuisce il titolo, senz'altro esame, della legittima influenza dei creditori nella procedura immobiliare. Il creditore che vanta un privilegio, non iscritto, dovrebbe venirlo dimo-

(*) Ma la *trascrizione* soltanto costituisce *il terzo* in quello stato di cognizione dopo il quale non può più allegare la buona fede dell'acquisto.

strande con altri mezzi; con un giudizio, che non può essere permesso anteriormente a quello di concorso; con un giudizio di diritto prematuro, preoccupante e senza subbietto (*).

g) Della notificazione del processo verbale, e, se occorra mentovarla nell'atto della trascrizione.

Nelle regole generali sull'*esecuzione forzata*, il precetto era stato così bene distinto in tutte le sue parti che non restava più aggiungere se non quanto è caratteristico e peculiare alla esecuzione mobiliare = *l'intimazione al debitore di pagare in trenta giorni successivi*, ecc. L'intimazione, quale punto di partenza degli atti espropriativi, è dunque necessaria. Il riscontro andiamo a trovarlo nell'articolo 562, che risale al 368. Dell'equivoco, che fanno nascere i frequenti richiami dell'articolo 368, si è dovuto discorrer più di una volta. Si crede sempre che voglia regolarsi il *luogo della notificazione*, che è còmpito del tanto interessante articolo 367, e poi si va a capitare in una regola semplicemente di *modo*. Aggirandomi intorno a quell'articolo 562, io venni azzardando delle osservazioni; ma fui costretto piegarmi all'evidenza letterale del testo. Eccomi tornato allo stesso punto. Il precetto dovrà notificarsi *alla persona, residenza* o *domicilio del debitore*. Persisto nel credere che nel luogo ove sia stato eletto domicilio possa pure notificarsi, onde mi rimetto all'ANNOTAZIONE 4ª dell'indicato articolo 562.

Non ci fa sapere il presente articolo 659 se la notificazione del precetto debba precederne la trascrizione. Ciò è nell'ordine logico, perchè il precetto non avrebbe altrimenti alcun valore: non sarebbe. Per questa considerazione fu in qualche regolamento prescritto che *colla ordinanza dell'espropriazione forzata* dovesse trascriversi *eziandio il verbale di notificazione* (R. Editto piemontese del 1822, articolo 100). In Francia, all'epoca della riforma del 1841, l'argomento fu oggetto di discussione; i terzi ne avrebbero ricevuta una cognizione assai utile; ma noi viviamo con una legge che non ingiunge che la *trascrizione del precetto*.

Noi ci permettiamo tuttavia di toccar questo punto come un vuoto e una difficoltà. La *data della trascrizione* decide della indisponibilità del capitale e della privazione dei frutti. La legge avrebbe adempito al debito della chiarezza, esprimendo ciò che per certo è conforme alla sua giustizia; *dovere cioè precedere la notifica*, o *almeno essere contemporanea alla trascrizione;* la quale è bensì il più perfetto e solenne avvertimento che se ne possa dare ai terzi, ma rapporto al paziente della esecuzione è affatto nulla: per lui la notificazione è tutto, e in questo consiste il precetto. La *difficoltà* è se, comprovato essersi trascritto un atto avente la forma di precetto, ma non notificato, o posteriormente notificato, l'art. 2085 del Codice civile abbia nonostante la sua letterale applicazione. Per quanto all'impero della lettera si voglia essere riverenti, che qui in verità è chiarissima, sarebbe quella una decisione sì ripugnante allo spirito e alla ragione della legge, che niuno verrebbe accettare. Ho già osservato che mancherebbe il *precetto;* ch'esso, di qualunque forma si rivesta, ha per essenza l'indispensabile nesso dell'atto imperativo e della scienza dell'uomo che vi deve prestare obbedienza; ch'esso potrebbe sussistere egualmente in una grida, in una ingiunzione, in una minaccia fatta coll'autorità della voce e della parola, e non essere meno imponente nè meno fornito de' suoi essenziali caratteri. Io credo veramente, e sono convinto, che dove la legge dichiara: *il precetto sarà trascritto*, s'intenda colla unita prova della notificazione del precetto, che sola può rendere completa e giustificarne la esistenza; ritengo che il conservatore delle Ipoteche debba farsene carico. E quantunque non sia pur anco necessario, nei termini della legge nostra, che l'atto di notifica risulti dal registro ipotecario, la trascrizione almeno sia documento a far presumere l'adempimento di sì essenziale formalità.

5. *Del possesso del debitore come sequestratario giudiziale.*

L'art. 797 del Codice sardo del 1859 aveva modificata la disposizione dell'articolo 2344 del Codice civile albertino, stanziando che la interdizione del proprietario dovesse aver principio dalla *data della notificazione dell'atto di comando*, quantunque la trascrizione non fosse imposta che *per l'ordinanza della spropriazione forzata*, che doveva emanarsi ove si trattasse di agire per via di subastazione; ordinanza che nasceva dopo un termine non breve, secondo la forma dell'articolo 596. Vi era poco accordo e anche poca fermezza di principii in un tale sistema. Qualunque sia l'atto di esenzione che la legge vuol sottoporre alla solennità della trascrizione, è sempre da questo che deve prodursi quella condizione d'inabilità che il proprietario è costretto di patire, e la

(*) Perchè il privilegio non può esercitarsi che *actu* e non ha mai che una esistenza *relativa*.

Digitized by Google

conseguente, come si chiama, immobilizzazione dei frutti. La trascrizione fa entrare il pegno immobiliare in una nuova fase; e con ciò si dimostra la ragione per cui questa specie di sequestro nasce non per istanza del creditore eseguente, ma, *ministerio juris*, a tutela eziandio di coloro che non appariscono ancora attivamente nel giudizio, a favore cioè dei creditori iscritti; mentre dall'altro lato il vincolo della proprietà, dichiarata al pubblico, la pone in una condizione che dev'essere rispettata dai terzi, niuno potendo ignorarla.

Nasce da tutto questo un ordine, un complesso, direi anche, di relazioni che il nuovo Codice civile ha saputo comprendere, e tende ad assicurare gli effetti della esecuzione immobiliare attraverso i lunghi indugi, le soste, le dilazioni, che porta sempre con sè un processo di questo genere. Ma, si domanda, *che sorta di possesso è quello mai del debitore* pendente la esecuzione? Cessa egli forse di aver il possesso di proprietario, il possesso prescrittivo? No: egli continua a possedere collo stesso titolo e colla stessa coscienza. La sua condizione di *sequestratario giudiziale* è semplicemente similitudinaria, secondo la stessa espressione del testo *come sequestratario*, ecc. Egli è presso a poco nella condizione di un interdetto che continua a possedere per diritto, e fa a se stesso tutti i vantaggi che il diritto annette al possesso legittimo per mantenerlo e difendere dall'altrui attacco; più ancora, a prescrivere. Cosicchè se nell'intervallo fra la ingiunzione e la spropriazione, fra la minaccia e l'effetto, il diritto di proprietà venisse a perfezionarsi *mediante l'acquisto della prescrizione*, il suo possesso, comunque vincolato e spogliato della prerogativa della disponibilità, sarebbe tuttavia proficuo al fine, sì a favore del proprietario che de' suoi creditori e aventi causa.

Una triste prospettiva si apre intanto al debitore privato fors'anche degl'alimenti; ma il Codice non provvede. Quello di Ginevra si è preoccupato di questa infelice situazione del debitore. « Si le débiteur n'a d'autre ressource « que les fruits et revenus des immeubles saisies, le tribunal pourra, pendant la durée des « poursuivies, lui en accorder telle quantité « qu'il arbitrera » (articolo 554). Qualche scrittore francese, fra gli altri Persil, mosso da sentimento d'umanità, pensò che il giudice possa avere una simile facoltà anche tacendo la legge. Io convengo, atteso l'appoggio di analogia che ci prestano i n.i 3 e 4 dell'articolo 586, con quest'avvertenza però, che se le cose mobiliari e di famiglia furono immuni da esecuzione, vi sarebbe a presumere che al debitore sia rimasto quanto basta per non soccombere a questa estrema necessità della vita; ma la prova in contrario potrebbe farsi.

Il debitore, in questo duro stato di sequestratario dei proprii beni, deve, come ogni altro sequestratario, render conto dei frutti, *dei frutti pendenti e non ancora raccolti*, o *anche dei frutti raccolti e riposti nei magazzeni?* Chauveau, quest. 2269; Persil, quest. tom. II, pag. 201; Lepage; Dalloz, ecc., dicono semplicemente che i *frutti percetti* rimangono nella disponibilità del proprietario. Ma i frutti sono appena tagliati, sparsi pel campo, non ancora raccolti e riposti! Si considerano nonostante come percetti. « *Perceptionem fructuum* acci« pere debemus, *non si perfecte collecti*, sed « etiam cæpti ita perpici, ut terra continere « se fructus desierint; veluti si olivæ, uvæ « lectæ, nondum autem vinum, oleum ab ali« quo factum sit; *statim enim ipse fructus ac« cepisse existimandus est* » Leg. 78 Dig. de rei vindic.). Senonchè la esecuzione *potrebbe comprendere ben anco i frutti come mobili* pendenti o staccati dal suolo, riposti o no nei granai e nelle cantine, atteso il diritto dell'accumulazione (articolo 567).

Se la esecuzione comprende tutto questo, noi abbiamo simultanea la esecuzione mobiliare e immobiliare. Ma per quella è necessario il *pignoramento*, prego di avvertirlo; e per questa non altro che il *precetto* si ricerca ad iniziare efficacemente la esecuzione. In effetto, per quanto il cumulo sia legale, i metodi di procedere rimangono distinti, *e separate sono le esecuzioni, quantunque contemporanee*. Dato pertanto che non esistesse *pignoramento di frutti pendenti*, che suol essere accompagnato dalla apposizione di custode, torna indubitato che sino alla notifica della trascrizione il proprietario raccoglie i frutti e ne dispone. E potrebbe disporne eziandio come ogni altro proprietario allora per un tempo avvenire (*nunc pro tunc*), e soltanto si disputerà della frode; il che, come ognun vede, ci porta sopra un altro campo di idee (*).

Il proprietario debitore, scaduto alla condi-

(*) Il *precetto*, ossia la ingiunzione di pagare, è comune a ogni esecuzione (coll'eccezione dell'art. 565); ed un solo precetto potrebbe valere per le diverse specie di esecuzione quando fosse abbastanza comprensivo. Ma quella dei mobili, l'abbiam detto a suo luogo, non si attua che *mediante il pignoramento*, mediante cioè l'apprensione materiale delle cose per organo dell'offiziale di giustizia.

Digitized by Google

zione di sequestratario, amministra e non gode; rende conto; si fa rimborsare le spese; non esige salario, perchè nel tempo stesso fa l'interesse proprio; non fa veruna spesa di qualche importanza, se non assolutamente necessaria, senza il permesso del giudice; non ha altro titolo ad amministrare che la fiducia dei creditori; e questa cessata, egli deve cedere il posto ad un altro sequestratario, e consegnargli tutto ciò ch'egli ritiene.

Del resto il debitore, privato delle utilità dei fondi, continua a dimorare in essi, a sorvegliarli; assiste e dirige la coltura; abita colla sua famiglia la casa compresa nel pegno. *Dovrebbe forse pagarne l'affitto?* No, per la ragione appunto che non è privato *se non del possesso utile nel limite determinato dalla legge*, rispetto cioè a quelle attività fruttifere di cui è possibile concepire la consolidazione col fondo.

6. *Della immobilizzazione dei frutti.*

a) La immobilizzazione, che non è altro che la loro aggiunzione al prezzo dell'immobile, non può concepirsi se non da un momento nel quale i frutti siano ancora attaccati allo stesso immobile o maturino in seguito. D'allora in poi quei frutti sfuggono alla esecuzione mobiliare. Per contrario se la esecuzione mobiliare li avesse colpiti ad istanza di altro creditore, si avrebbero come avulsi dall'immobile, quantunque tuttavia pendenti (*Commentario del Cod. sardo*, vol. v, part. i. p. 451). La esecuzione immobiliare può esser provata eziandio dal creditore chirografario; nessun dubbio: ma la sua iniziativa non rende migliore la sua posizione di creditore verso gli iscritti; cosa egualmente chiara. Il DALLOZ dà ai pratici questo avviso, che dipende dal promovente della esecuzione immobiliare impedire quella dei frutti per via separata a favore di altro creditore, regolando i suoi atti di maniera che la esecuzione venga a cadere nelle sei settimane anteriori alla raccolta. Ma il buon consiglio di DALLOZ non è sempre sicuro, avendo noi veduto nell'esame dell'art. 582 che il pignoramento può farsi prima di quel tempo.

b) *Dei frutti civili.*

Rapporto a questi, la trascrizione opera di pieno diritto, semprechè sia preceduta dalla notificazione del precetto al debitore, come si osservò in una delle note superiori. Questione: *se le rate delle pigioni delle case e fabbriche annesse e comprese nella tenuta, che sono in corso di maturazione, alla loro scadenza devolvano interamente a profitto dell'immobile*; ovvero per quella parte soltanto che è venuta maturando dopo la trascrizione.

La ragione del dubitare è la natura stessa dei frutti civili che s'intendono *acquistati giorno per giorno* (articolo 481 del Codice civile; Leg. 25 § 2, Leg. 26 Dig. de usufructu; Leg. 24 Dig. de usu et usufr. junct.; Leg. 34 Dig. de usur.). Con tal norma se, per esempio, fossero trascorsi tre mesi del semestre, in capo al quale si pagano le pigioni della casa affittata, si dovrebbe fare una separazione, e metà liberamente consegnarla al debitore oppignorato, e l'altra metà depositare a vantaggio dei creditori, secondo il placito dell'articolo 688. Rispettando l'opinione contraria (*Commentario del Codice sardo*, vol. v, part. i, n° 899), io non posso convenire. Quella regola della divisione dei frutti civili, giorno per giorno, è vera in materia d'usufrutto: regola adottata, perchè ove si tratta di frutti civili è di una applicazione possibile; non è adottata in fatto di frutti naturali, non perchè per giustizia non dovesse correr ugualmente, ma solo perchè non è possibile. Anco i frutti della terra germogliano e nascono, e crescono di giorno in giorno; non maturano e non balzan fuori tutto ad un tratto. Perchè adunque l'usufruttuario, che aspettò paziente questa lunga gestazione della natura, nulla consegue e nulla lascia ai suoi eredi se muore un giorno prima della ricolta? Egli è che nessuna investigazione d'uomo può percepire quell'occulto lavorio, e descrivere con quale progressione alcuna via venuta maturando la messe. Voglio dire con ciò che in codeste distribuzioni non domina propriamente un principio unico e razionale; ma il legislatore lo segue soltanto ove può, ove può trovare una base al suo calcolo. Ma i canoni che hanno dovuto stabilirsi in materia di usufrutto, possono forse aver applicazione nella presente? Non credo. Lascio stare che la questione del conoscere come debba distribuirsi una quantità divisibile fra due pretendenti: nel caso attuale il proprietario è un solo, e rimane sempre quello, quantunque quel valore devolva a pagamento de' suoi debiti, che infine è pure vantaggio suo. Prescindendo da ciò, dico che qui il punto è *non di proprietà, ma di disponibilità*; che la disponibilità di una rata in corso, in quanto deriva dal fatto della percezione, non comincia che dalla scadenza; e che se in quel momento è sollevato un ostacolo al proprietario, un sequestro o simile, onde non gli è permesso di raccoglierla, sarebbe cosa inaudita ch'egli dovesse, *more* di un usufruttuario, pretendere una sottrazione dal sequestro di una parte della rata a calcolo di giornate.

c) *Del fallimento del proprietario se viene*

dichiarato prima della trascrizione; quale sia la conseguenza rispetto alla immobilizzazione dei frutti rappresentati dai fitti del fondo.

Il quesito, come si presentò in giudizio sotto l'impero del Codice di procedura francese del 1807 portava che la esecuzione immobiliare era stata promossa da creditore ipotecario.

E per questa condizione del creditore rapporto all'immobile, per questa sola, il quesito era possibile. Era statuito negli articoli 571 e 572 del Codice di commercio francese che dal momento in cui era stato dichiarato il fallimento del debitore, a nessun creditore che non avesse ipoteca sull'immobile fosse lecito di oppignorarlo; e se prima dell'unione dei creditori del fallito la espropriazione non avesse avuto cominciamento, gli stessi creditori ipotecarii avrebbero dovuto astenersene, lasciandone la facoltà ai soli sindaci. Quelle disposizioni erano saggie; i successivi Codici di commercio d'Italia le hanno onorate di reiterate approvazioni (articoli 616 e 618 del Codice sardo, 30 dicembre 1842; articoli 684 e 685 del Codice civile italiano, 25 giugno 1865). Noi dunque supponiamo che la esecuzione sia provocata da un creditore ipotecario, da chi cioè lo potrebbe in pendenza di un processo di fallimento. Questo creditore, investito del diritto di procedere, porta avanti i suoi atti sino alla consumazione, in esclusione degli stessi sindaci. Se il fallimento fosse *posteriore alla trascrizione* non si revoca in dubbio che la *immobilizzazione dei frutti*, non si fosse per tale fatto giuridico operata; ma nella nostra ipotesi il fallimento è stato dichiarato fra la oppignorazione (noi diremo il precetto) e la trascrizione. Era pertanto avviso di alcuni giuristi e tribunali che la trascrizione non effettua di pieno diritto la immobilizzazione, se e dove occorra un sequestro da farsi sopra gli affittuarii e debitori delle corrisposte: sequestro che, dopo il fallimento, non avrebbe potuto più eseguirsi se non dai sindaci nell'interesse comune dei creditori, e non mai da un creditore individualmente per conto proprio o di altri. Il CHAUVEAU, che aveva sostenuta questa sentenza, ragionando secondo la legge del 1807, non mancò di coerenza, accettando la immobilizzazione di diritto per effetto della trascrizione, di fronte al nuovo articolo 685 della legge del 1841. « *Les loyers et fermages « seront immobilisés à partir de la transcri- « ption de la saisie*, pour être distribués avec « le prix de l'immeuble par ordre d'hypo- « thèque ». Secondo questo sistema (CHAUVEAU, all'articolo 685 della Legge del 1841, qu. 2290) la immobilizzazione è una conseguenza *juris* della trascrizione, immediata, inevitabile.

Non vi è motivo per decidere diversamente secondo la legge nostra. È vero che non si è distinto fra i frutti naturali, industriali, civili; ma bisogna ben ritenere che tutti questi sono contenuti nella generale sanzione dell'articolo 2085 del Codice civile.

d) Locazione interinale dell'immobile esecutato.

Esaminando il superiore quesito, avrei dovuto occuparmi di quei frutti civili che sono rappresentati dalle corrisposte d'affitto, ritenuto che l'immobile sia locato. Mi riserbo di raccogliere i varii ragionamenti che dovrò fare su questo soggetto, analizzando l'articolo 687. Ora mi restringo a quella parte dell'art. 2085 del Codice civile, che dice: « Il tribunale può « autorizzare il sequestratario ad affittare i « beni per quel tempo ed a quelle condizioni « che saranno da esso stabilite, sentiti il debi- « tore se fu nominato un altro sequestratario, « e in ogni caso i creditori istanti ».

Il debitore è sempre proprietario, ma in istato d'interdizione. Egli è consultato, troppo giusto; ma egli non decide. È facoltà amministrativa demandata al tribunale; facoltà però che sembra non eserciti d'ufficio, ma per mezzo del *sequestratario*, che si suppone nominato in una terza persona, non iscorgendosi dall'articolo che lo stesso debitore possa essere a ciò deputato. Il *tempo e le condizioni* saranno stabilite dal tribunale medesimo; questo almeno può dedursi dalle primo parole e dall'insieme del testo, benchè la locuzione sia piuttosto equivoca. In una misura amministrativa, conservatoria, e di circostanza, la legge non ha potuto prefigger norme positive. Se un terzo sequestratario non fu nominato, non trovo vietato nè che il tribunale deputi persona a questo speciale effetto (giacchè la nostra legislazione non ama la ingerenza diretta del magistrato negli affari, come in altre fu usato), e, consenzienti i creditori, lo stesso debitore può assumere di trattare l'affittanza, che avrà una certa ragionevole proporzione colla durata del processo esecutivo.

e) Che è l'istanza di espropriazione che la legge suppone abbandonata per un anno? (terzo capoverso del detto articolo).

Se dalla *trascrizione* non vi è stato di mezzo verun atto della procedura, la istanza si riterrà abbandonata, intendendo con questo nome l'*atto iniziale ed effettivo della esecuzione immobiliare*, vale a dire il precetto colle sue condizioni di notifica e trascrizione. È anche questa una *perenzione*, di cui varie specie abbiamo nel Codice.

Da qual punto decorre il termine dell'anno? Il creditore procedente deve tacere per uno spazio di trenta giorni, che dall'articolo 650 sono dati a tutto profitto del debitore. Questi trenta giorni sono tuttavia da computarsi nell'anno? Io così credo, perchè la legge senza distinguere, ha considerato un termine abbastanza esteso, che evidentemente si parte dall'*atto della trascrizione*.

Ma si porrà a debito eziandio quel tempo che si dovrà spendere a respingere una opposizione sollevata contro la esecuzione dal debitore o da un terzo? Francamente si può rispondere di no, per la indisputabile analogia dell'articolo 566.

Se qualche altro creditore facesse atti che possono riputarsi continuativi dell'esecuzione, quali sono quelli che previde il seguente articolo 661, dovrà tuttavia *ritenersi abbandonata la istanza di spropriazione?* Una considerazione importante ci darà la chiave della risposta. Quantunque la legge non guardi in tutto questo che il fatto del creditore promuovente, che col suo abbandono può pregiudicare alla famiglia dei creditori ipotecarii di cui fa parte, in quella guisa che pregiudica a se stesso, nondimeno non sarebbe possibile arbitrare, che il fatto suo non potesse rilevarsi da un altro creditore che fosse costituito nella facoltà di proseguire la esecuzione. Tale sarebbe il creditore ipotecario, per autorità dell'articolo 575. Tale sarebbe ancora il creditore che notifica un altro precetto esecutivo (*V.* il seguente articolo 661). Nell'una e nell'altra di codeste ipotesi la procedura risorge e continua per opera di quei creditori nel comune interesse, e s'interrompe il corso della perenzione.

Effetto della perenzione.

L'effetto è la dissoluzione del vincolo che per virtù della trascrizione riuniva i frutti all'immobile aumentandone il valore venale. Il primo e naturale risultato si è che i frutti accumulati a tal fine o in natura o la prezzo, si riversano in mano al proprietario che può domandarli con atto giudiziale, liberamente disporne, o per lui qualche suo cessionario, come se non fossero stati vincolati al pegno. Altra conseguenza, che se fossero stati pignorati da altro creditore per forma di esecuzione mobiliare, la sua esecuzione diventerebbe perciò efficace, e con questa forma il pegno sarebbe venduto.

La perenzione, come ognun vede, *è parziale;* non fa andare in dileguo la esecuzione, ma la priva di uno dei suoi vantaggi, diminuisce la importanza del pegno. Ecco tutto. La legge ha trovato che questa condizione fatta al proprietario, sia pure debitore, non era più tollerabile; fors'anco acutamente previde che il creditore, sotto l'apparente inazione, tendeva ad aumentare con nuove aggiunte di frutti il pegno, protraendo gl'imbarazzi del debitore. La esecuzione però, come dissi, non è caduta, solo è stata scemata di uno dei suoi effetti. *Onde il precetto diventi inefficace*, secondo l'espressione dell'art. 566, si richiede il decorso di 180 giorni; dopo il qual tempo si ha come non fatta; la trascrizione medesima non ha più forza, e il proprietario può farla cancellare dal suo fondo.

La saggezza di tali determinazioni non impedisce tuttavia che qualche seria difficoltà non possa sorgere nell'atto pratico. Continuandosi il processo dopo l'anno, ad istanza del creditore esecuente, o di qualche creditore iscritto, la trascrizione, che sempre esiste, non riprende forse la sua virtù d'immobilizzare i frutti, dal giorno almeno in cui la esecuzione è ripresa? Così dev'essere e sarà, io credo, mediante una dichiarazione di volontà del creditore da notificarsi al debitore, e non più *pleno jure* come innanzi, poichè la efficacia dell'atto di trascrizione essendo risoluta, non rinasce per naturale sua virtù, la quale deve riabilitarsi per un altro fatto giuridico. Questo fatto giuridico è semplicemente l'atto continuativo della esecuzione, che non comprende per se stesso eziandio l'effetto di attaccare al prezzo dell'*immobile* i frutti, se non in quanto si conforta della trascrizione, e ad essa si associa. Così torneranno ad immobilizzarsi i frutti, non quelli che già furono staccati dal suolo, ma i successivi. Frattanto la trascrizione favella al pubblico un linguaggio che non è più esattamente vero; ma verranno i bandi a far conoscere quali siano le cose esposte alla vendita; i bandi ne sono la espressione più precisa, quella che il pubblico deve seguire.

Quanto alla *perentorietà del termine*, secondo me, convien distinguere. O lo stesso oppignorato era in possesso dei frutti e delle rendite che percepiva benchè coll'obbligo di render conto, il vincolo si scioglie *ipso jure* finito l'anno; o i frutti stessi, ovvero il prezzo che li rappresenta, sono depositati a disposizione del giudice, o custoditi da un terzo sequestratario, in simili casi richiedendosi il fatto dell'uomo (l'istanza cioè di restituzione), il termine non opera, io credo, di pieno diritto. Ne segue che, se prima della contraria istanza il creditore si mosse e continuò la procedura, la domanda posteriore dell'oppignorato, *re non adhuc integra*, non avrebbe più effetto.

Mi giova sapere da ultimo, e finisco questa nota smisurata, se ciò che nel 3° capoverso dell'articolo 2085 si dice rispetto all'*abbandono dell'istanza di spropriazione*, abbia a dirsi eziandio di ogni altro stadio o termine della procedura esecutiva. (Se per esempio il creditore dopo conseguita sentenza di vendita, faccia punto e si fermi per quanto corre un anno, e più ancora). Io penso che quella legge, e per la dizione che usa, e per l'evidente relazione che ho cogl'inizi del procedimento, non si possa estendere più oltre, nè abbracciare altri termini ed altre istanze, salvo sempre la perenzione totale decretata nell'articolo 566. La legge ha impartito gli opportuni rimedii, onde gl'interessati producano a compimento un processo per negligenza o collusione sospeso.

Articolo 660.

L'opposizione al precetto deve proporsi nel termine di giorni trenta, dalla notificazione di esso, con citazione davanti il tribunale competente, a norma dell'articolo 662, e nei casi indicati nel capoverso secondo dell'articolo 570 davanti l'autorità giudiziaria competente, a norma dello stesso capoverso.

Quando l'opposizione sia rigettata, il pagamento richiesto col precetto deve farsi nel termine in esso stabilito, se questo non scada prima di giorni dieci dalla notificazione della sentenza che rigettò l'opposizione; se il termine scada prima, il pagamento deve eseguirsi nel termine di giorni dieci dalla notificazione della detta sentenza.

L'opposizione al precetto proposta dopo la scadenza del termine sopra stabilito non sospende la esecuzione, salvo che l'autorità giudiziaria stimi di ordinarne la sospensione per gravi cause.

Annotazioni.

1. *Sulla competenza.*

Il limite segnato al *diritto di opposizione* dalla natura del proprio oggetto non varia per la qualità dell'esecuzione; onde ho fede di aver detto quanto basta al modesto nostro còmpito, esaminando l'articolo 579 e altrove. Si noterà soltanto, come canone generale, che l'opposizione non può risalire sino a rimettere in discussione le ragioni di merito, onde nacque il titolo esecutivo, la sentenza, che presumiamo in istato di cosa giudicata, o almeno di eseguibilità. Se il titolo esecutivo non è che un *atto contrattuale*, la opposizione al precetto, come si disse, può avere una portata maggiore e spingersi sino ad eccezioni di merito (*V.* le ANNOTAZIONI dell'articolo 570, ecc.). Fuori di quest'ordine speciale, la opposizione si manifesta sul campo del *diritto di esecuzione* o sulle *ragioni della forma;* se la sentenza non è eseguibile, se non è eseguibile per quella somma, se il titolo non è autentico, se il precetto non è regolare, ecc.

Il notato duplice oggetto dell'opposizione è nel nostro articolo raffigurato in certo modo dal punto di vista della competenza. Ogni questione che non si agita che sulla forma, è portata alla cognizione del *tribunale civile del luogo in cui si fa la esecuzione* (articolo 662). Anche le controversie sul merito dell'esecuzione sono dello stesso tribunale, semprechè *non si tratti di esecuzione di atti contrattuali* di tale carattere, che nell'ordine della competenza siano sottoposti alla cognizione del tribunale di commercio (art. 570). L'elemento preponderante della competenza, in fatto di esecuzione, è la territorialità (*locus*); e purchè l'oggetto della cognizione sia contenuto nella giurisdizione abituale del magistrato, si preferisce il magistrato locale ad ogni altro, che per forza di regole generali si reputasse competente. Altro è se esso non è competente *per materia:* ed è allora che può sorger una vera questione principale e di fondo avanti il tribunale di commercio, giusta le avvertenze fatte al citato articolo 570.

2. *Se il termine dei trenta giorni sia perentorio*, parve una questione e si dubitò (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. i, p. 422). « Si potrebbe chiedere (dicesi alla pagina citata) se, trascorso quel termine, non si possa « più proporre alcuna opposizione, sia che questa riguardi il merito, sia la forma dell'atto « d'ingiunzione ». Si rammenta che la Corte di Chambéry, con sentenza del 19 dicembre 1857, decise che la nullità dell'atto di comando, per difetto di elezione di domicilio, poteva esser opposta anche dopo la scadenza dei trenta giorni; e che « il termine dei trenta giorni, a

« datar dal comando, non si applica che alle « opposizioni ed eccezioni *che concernono il « merito della domanda*, *non già quelle fon- « date sulla irregolarità del comando stesso* « considerato come atto giuridico ». La dottrina della Corte di Chambéry, dopo alcune distinzioni, di cui ora verrò parlando, è riassunta in queste parole: « Ond'è che quando il legis- « latore ha parlato di opposizione al comando, « pare che abbia imposto il termine di quelle « opposizioni che *concernono la sostanza del- « l'atto di comando* come ingiunzione di paga- « mento, e non quelle che consistono in ecce- « zioni *fondate sulla nullità dell'atto*, *sull'estin- « zione del credito* » (Ivi, pag. 422, in fine).

Il precetto, quale ingiunzione di pagamento e nello stesso tempo quale atto primo e fondamentale della esecuzione immobiliare, può essere attaccato con eccezioni di diversa natura; eccezioni perentorie o no, eccezioni quanto al modo o quanto al tempo dell'azione; di forma o di sostanza; ma non sarebbe agevole dimostrare che eccezioni di un cert'ordine devono prodursi nel termine dei trenta giorni, o altre di un altr'ordine possano in qualunque tempo prodursi. Tale questione non era propriamente di *prorogabilità del termine*, ma di comprensione in quel disposto ove si parlava di *opposizione all'atto di comando* a termine fisso. I Codici anteriori non si erano spiegati sulla perentorietà di questo termine, alla scadenza del quale però non era annessa sanzione di decadenza. Ma sino dalle prime discussioni che avvennero su quest'articolo nel Parlamento piemontese, fu come inteso che trattavasi non di un termine perentorio, ma *prorogabile*, nel modo per altro in cui la legge permette di prorogare un termine, come ora s'insegna nell'articolo 47. Si veniva a dire con ciò, che ogni sorta d'eccezioni si era voluta comprendere nel termine stabilito, ma esso termine poteva anche prolungarsi con proroga regolare; fuori di questo, la opposizione non avrebbe potuto più farsi se non tenesse a prova scritta di pagamento o totale o parziale: eccezione sulla quale non si chiudono le porte mai in qualunque punto del processo.

Cotali ambagi furono tolte col nostro articolo, in cui si dichiara che l'opposizione può proporsi anche *dopo i trenta giorni*, con questo solo che dopo il termine è privata dell'effetto sospensivo che ottiene altrimenti. Ma il giudice può anche ordinare la sospensione del procedimento *per cause gravi*.

Cause gravi intendiamo quelle che possono avere una seria influenza sulla esecuzione, in guisa da poterla anche annullare, onde la prudenza addita al magistrato di risparmiare inutili dispendii.

Tuttavia non può ammettersi che, dopo i trenta giorni, l'opposizione al precetto in ogni momento sia possibile; dal caso in fuori, come si diceva or ora, della eccezione di pagamento.

Cercando questo punto oltre il quale l'opposizione al precetto non è più ammissibile, noi crediamo di trovarlo in quel giudicato che implica la sanzione degli atti precedenti e instaura una nuova serie di operazioni giudiziarie che non possono più ritirarsi alle questioni iniziali del processo. Tal è la sentenza di vendita. Sino alla sentenza di vendita il debitore potrà sostenere il combattimento contro gli atti primordiali della esecuzione; ma quel giudicato farà impedimento alle disputazioni che riguardassero gli atti anteriori alla sua pronuncia.

Articolo 661.

Quando prima della vendita un altro creditore notifichi il precetto per agire sugli stessi beni immobili, il conservatore delle ipoteche nel trascriverlo fa menzione del precetto già trascritto, ma il secondo creditore non può proseguire gli atti per la spropriazione.

Se il secondo precetto comprenda maggiore quantità di beni, il primo creditore deve comprenderli tutti nella spropriazione, e quando sorgano contestazioni tra i due creditori, il tribunale che ha pronunziato la prima sentenza di spropriazione, decide quale dei due debba proseguire la spropriazione di tutti i beni compresi in essa.

Annotazioni.

1. Provvede la legge francese del 1841 che *una sola trascrizione* sia eseguita nell'ufficio delle ipoteche; al conservatore è vietato di prender trascrizione del secondo pignoramento, coll'obbligo però di certificare sull'originale dell'atto l'ora, il giorno e il mese della

presentazione (art. 679). Parve a quei legislatori che la duplice formalità ipotecaria importasse duplice esecuzione, e presagisse, a così dire, un duplice processo che si voleva assolutamente evitare. Nella nostra legge è stata meglio intesa la formalità della trascrizione; meglio ancora furono ponderate le conseguenze possibili di due o più esecuzioni immobiliari. La seconda trascrizione, coll'annotamento della prima, serve alla pienezza della pubblicità, nè lede punto le prerogative del pegno anteriore. V'ha di più. Se questo è annullato, subentra di ragione il secondo, intorno al quale viene a formarsi quella stessa posizione giuridica che al primo apparteneva.

2. Dal *capoverso* ben si scorge che la preoccupazione della legge in tutto questo è l'*unità del procedimento*. Il primo creditore si reca in mano tutta la causa esecutiva, e spinge gli atti e nell'interesse proprio e nell'interesse dell'altro creditore che ha abbracciato nel suo precetto *maggiore quantità di beni*. Il secondo creditore avrà imparato dall'uffizio delle ipoteche l'esistenza della esecuzione anteriore. Avrà visto che gli conveniva cedere la parte attiva del giudizio a chi lo ha preceduto. Inabilitato a muover passo nel procedimento, dovrà legare a sè, per modo di dire, il suo predecessore, notificandogli il proprio precetto e l'annotamento di trascrizione, con intimazione di proseguir gli atti anche in conto suo.

Nel primo periodo del testo la regola è stabilita; la prevalenza dell'azione sta a favore del primo oppignorante (*); eppure la legge dubita di se stessa. Prevede una controversia sul diritto di proseguire la spropriazione. Invece di farci capire in che potrà consistere la controversia, dopo aver così posta in sodo la regola, si occupa della giurisdizione, e la riconosce *nel tribunale che ha pronunziato la prima sentenza di spropriazione*.

Questo tribunale qual'è? S'intende il tribunale civile del luogo ove si è impresa in origine la esecuzione, quello indicato nel seguente 662. La sentenza di spropriazione non è altro che la sentenza che autorizza la vendita (art. 666). Sta bene, ma la controversia potrebbe sorgere, anzi, si deve credere, sorgerà prima di quel tempo; l'urto dei creditori si manifesterà d'ordinario nei primi atti del giudizio. A qual tribunale si porterà la controversia? Bisogna supplire a questa legge del tutto nuova, lodevole per aver preveduta la combinazione, non matura abbastanza forse perchè nuova.

Al supposto che facciamo non essere ancor nata *sentenza di spropriazione*, nel qual caso la giurisdizione è fissata, s'aggiunga l'altro che i beni siano situati *in diverse giurisdizioni*. La legge prevede anche questo nell'art. 662, capoverso in fine. Ma ciò che non prevede si è, che la giacenza dei beni da subastarsi in luoghi e giurisdizioni diverse derivi dall'accumularsi delle materie dei due pegni, e da quella unione un poco forzata a cui sono costretti. La giurisdizione dovrebbe determinarsi nel tribunale civile del luogo ov'esiste la *maggior parte dei beni*; e questa maggior parte potrebb'esser quella della seconda esecuzione. Può anche supporsi che l'immobile appreso nella prima sia della più tenue entità. Malgrado ciò, il primo creditore che non aveva ad intraprendere che una procedura semplice, breve e di piccol costo, è da questa combinazione obbligato a sostenerne una vasta, dispendiosa e lunga per ingrato privilegio d'anteriorità. Più. Dovrà abbandonare il magistrato più prossimo e comodo, e portarsi là dove giacciono i fondi sparsi e moltiplici sui quali per avventura non ha nè diritto, nè interesse.

Per non dare a un ordinamento di convenienza una piega assurda, si dovrà cominciare dall'attribuire a questo creditore la facoltà di rinunciare al poco invidiabile beneficio di sostenere la procedura anche per conto altrui. L'oggetto della legge si è, che se ne faccia una sola, oggetto economico innanzi a tutto: e se l'interesse del primo creditore fosse troppo piccolo, e la sua esecuzione di troppo lieve soma, perchè non gli sarebbe concesso di liberarsi dal carico della procedura, girandola al socio che vi porta un interesse di tanto maggiore? (**) In materia come questa non si devono pensare discipline eccessivamente severe, e io credo che molto vi possa l'equo e prudente arbitrio del giudice. È anche lecito di ritenere che un'idea consimile sia adombrata nel secondo periodo del testo, che antivede una

(*) Darò conto di questa locuzione che qualche volta vengo adoperando. Noi abbiamo abolito il *pignoramento* degli stabili; abbiamo abolito cioè quella passeggiata dell'usciere attraverso i fondi, dopo la quale scriveva in un lungo verbale di averli consegnati alla giustizia, con intimazioni e ingiunzioni agli affittuarii, coloni, ecc. Noi esordiamo dal precetto al debitore. Il precetto sostituisce il pignoramento scritto, il possesso più o meno simbolico dell'usciere. È un mezzo più semplice; ma per esso si effettua non meno efficacemente il *pegno dell'immobile*. Il creditore è sempre l'oppignorante, il debitore l'oppignorato; e questi vocaboli possono con non minore proprietà usarsi.

(**) Tizio ha oppignorato tre ettari di terra a pregiudizio di Cajo. Sempronio, creditore d'ingenti somme, involge nella sua esecuzione anche i tre ettari, ma la estende sopra un vasto tenimento di cui quella misura è una frazione minima.

Digitized by Google

contestazione fra i concreditori sul diritto di *proseguire la spropriazione.*

La prima osservazione adunque che noi proponiamo, per conciliare la legge colla ragione, è questa: considerato il diritto di prosecuzione siccome un onere, e quindi rinunciato, si trovi giusto commetterla a colui che ha un interesse superiore, e alla gravità del giudizio proporzionato, benchè secondo in ordine di tempo sul campo dell'esecuzione.

Oltre di ciò guardiamo se le esecuzioni si possano ragionevolmente riunire per fare un solo processo, o se, nonostante il modo di esprimersi della legge che sembra volere delle due o più esecuzioni cadute sulle cose stesse farne sempre una sola, si debba in diverse contingenze concludere che le esecuzioni furono distinte e moltiplici.

Tizio ha messo sotto pegno, mediante il precetto che ha notificato al debitore Caio una tenuta posta nel territorio *A*, una seconda posta nel territorio *B*, una terza posta nel territorio *C*. Venuto all'uffizio per farne la trascrizione, trova che Sempronio, piccolo creditore di Caio, ha messo sotto esecuzione un fondo di pochi arpenti, che fa parte della tenuta *A*.

Si domanda se il conservatore deve trascriverle tutte codeste esecuzioni; e ciò è letterale nella prima parte dell'articolo 661. Ma sarà applicabile alla lettera quest'articolo nell'altra parte che riguarda il diritto della procedura esecutiva? E invero ripugna il sostenere che il secondo pignorante, in tanta ampiezza della sua esecuzione, debba cedere al primo il diritto di continuare da solo la procedura, a fronte di due inconvenienti abbastanza visibili; l'uno costringere il piccolo creditore a sostenere tutta la spesa e la responsabilità degli atti esecutivi; l'altro escludere o ridurre alla condizione di semplice assistente colui che ha il massimo interesse, che possiede i documenti necessarii, ecc.

Perchè mai codeste esecuzioni che appaiono così distinte, che supponiamo non essere eccessive in confronto del credito ipotecario di Tizio, non potranno camminare pure distinte; perchè così determinate nel loro oggetto, dovrebbero confondersi ed essere attratte da quella che nel realizzarsi le ha bensì precedute, ma non cade che sopra una frazione minima del complesso immobiliare oppignorato?

Osservazioni generali. — Io vorrei, se mi fosse lecito, dedurne qualche osservazione generale che valesse una specie di teoria in una materia tanto imbarazzata per se stessa, che, dopo i nuovi studii, non è uscita molto più chiara di prima.

Libertà data al creditore di valersi senza restrizione sui beni del debitore con tutti i mezzi legali di esecuzione; tale *è il principio generale consacrato dall'accordo* degli articoli 1948 e 2078 del Codice civile, e 567 del Codice di procedura.

Modificazioni: 1° diritto di riduzione guarentito in genere dall'indicato articolo 567, riguardante la moltiplicità dei mezzi di esecuzione; 2° obbligo del creditore ipotecario di premettere la escussione dei fondi ipotecati, impostogli dall'articolo 2080 del Codice civile; 3° diritto di riduzione, relativo all'eccesso di esecuzione sugli stabili, opponibile al creditore che non ha ipoteca (art. 2088 del detto Codice).

Queste regole spettano piuttosto al *diritto di esecuzione* che alla modalità e forma, ossia al procedimento.

In Francia esiste un'altra legge restrittiva, ed è che « la vendita forzata di beni stabili esistenti in diversi distretti o circondarii (*arrondissements*) non può effettuarsi simultaneamente, e non si potrebbe che *successivamente*, salvochè non costituissero *una sola coltivazione* » (*exploitation*) (*). Questa disposizione è generale; ferisce tanto le esecuzioni degli immobili con ipoteca, quanto senza; il che è ritenuto da tutti gli illustratori di questo Titolo del Codice (Tarrible, t. II, pag. 189; Troplong, *De l'expropriation forcée*, art. 2210, n° 25). Mentre adunque il creditore poteva colpire di esecuzione tutti gli immobili soggetti alla sua ipoteca *in diversi distretti* (**), non poteva esporli in vendita che l'un dopo l'altro (*successivement*); quantunque potesse risultare abbastanza chiaramente che i debiti non verrebbero soddisfatti che colla vendita di tutti, e forse al bisogno sarebbero scarsi. Legge ingiusta che nulla giovando al debitore, trascinava i creditori ipotecarii in procedure interminabili; legge che fortunatamente non venne imitata. Nella nostra legislazione invece si vede adottato il contrario sistema: il creditore ipotecario può abbracciare nella sua esecuzione tutti i fondi che la sua ipoteca percuote, eziandio situati in varii e forse lontani territorii.

Una modificazione c'è nonostante; ma cade piuttosto sul *modo della procedura*, come di

(*) Si osservi che quella legge non proibisce la esecuzione o pignoramento, *ma la vendita forzata* simultanea.
(**) Espressione del testo della traduzione italiana.

sopra si diceva; si vuol fare delle varie procedure un fascio, e portarle tutte ad abbruciare, se mi è concessa la espressione, in un sol rogo. Ho premesso delle avvertenze per mostrare che questo canone, desunto dal capoverso del nostro articolo 662, non è d'una generalità troppo assoluta. E finisco col richiamare l'attenzione al disordine che sarebbe per derivare dalla soverchia concentrazione delle varie procedure esecutive.

Basterà una ipotesi per far tacere la controversia. *A*, creditore ipotecario di *B*, oppignora contemporaneamente tre grandi possedimenti; uno situato nel circondario del tribunale di Messina, un altro nel circondario del tribunale di Pisa, un terzo nel circondario del tribunale di Como, tutti soggetti alla sua ipoteca. Provatevi a concentrare in uno di questi circondarii le tre esecuzioni, e affidare il giudizio ad un solo dei tre tribunali, a vostra scelta. Fate il supposto del nostro articolo; che vi sia precedenza di esecuzione a favore di *C*, piccolo creditore che non apprese che poche linee di terra sulla tenuta di Como; e ditemi se *C dovrà*, come sembra volere l'articolo, o *potrà*, come vuole la ragione, *comprenderli tutti nella sua spropriazione*. Ne segue che per forza delle cose, e a non confondere tutti gli ordini della giurisdizione, le procedure si svolgeranno distinte nelle varie loro orbite, da tanto cielo divise. *L'azione di spropriazione forzata e reale*, ha detto TARRIBLE che fu ingegno assai potente « *réelle par sa nature; réelle* encore « par sa combination nécessaire avec la pur- « gation des hypothèques qui sont un droit « purement réel. Ce motif seul suffirait *pour « en attribuer la compétence au tribunal du « lieu où l'immeuble est situé* » (t. II, p. 189). Io non so concepire niente di più assurdo quanto il tribunale di Como dovesse presiedere alla spropriazione di fondi situati nel territorio di Messina.

§ 2.

Del procedimento per l'incanto.

Articolo 662.

Il creditore, scaduto il termine di giorni trenta stabilito dall'articolo 660, può promuovere la vendita dei beni immobili del debitore indicati nel precetto.

Il giudizio deve istituirsi davanti il tribunale civile nella cui giurisdizione sono situati i beni, qualunque sia il valore della causa e qualunque sia l'autorità che pronunziò la sentenza; e se i beni siano situati in diverse giurisdizioni, davanti quello nella giurisdizione del quale si trovi la parte maggiore, avuto riguardo all'importare del tributo diretto verso lo Stato.

Annotazioni.

1. L'assegnazione di questo termine è subordinata al disposto dell'art. 660, che l'opposizione riesca vittoriosa, o sia rigettata (*).

2. Quest'articolo è chiarissimo nel determinare l'*unità del procedimento*, deducendosi la competenza dalla *maggior parte dei beni* situati in diverse giurisdizioni. Io però resto fermo nelle considerazioni fatte sopra l'articolo 661, e dico potersi modificare questa legge nelle sue applicazioni per evitare gli assurdi segnalati in quelle ANNOTAZIONI (in fine).

3. Non si cita che il debitore, e con esso i creditori che avessero fatto esecuzione sugli stessi beni.

Articolo 663.

Il creditore deve, o fare innanzi tutto istanza per la nomina di un perito per

(*) Secondo la legislazione romana, se il debitore non retriva il pegno fra due mesi, il pretore faceva vendere l'immobile all'asta, o lo aggiudicava al creditore (WALTER, *Histoire de la procédure civile chez les romains*).

procedere alla stima dei beni, o fare nell'atto di citazione di cui nell'articolo 665 l'offerta di un prezzo non minore

Di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni, dei quali il debitore abbia la piena proprietà;

Di trenta volte il tributo stesso, se si tratti di beni sui quali il debitore abbia soltanto la nuda proprietà, o diritto di usufrutto;

Di sei decimi del capitale corrispondente all'annuo canone, secondo le norme dell'articolo 1564 del codice civile, se si tratti di beni concessi in enfiteusi e dei quali il debitore abbia il dominio diretto.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Una base d'offerta per parte del creditore oppignorante fu ritenuta pure in Francia; nell'art. 690 della Legge del 1841, in ciò corrispondente all'articolo 697 del Codice del 1807. Fu detta una *mise à prix*, non regolata da alcuna misura legale. Era una estimazione provvisoria fatta dal creditore sulla quale nascevano i rincari degli oblatori all'incanto. Essa fissava il *minimum* del prezzo. Si credette innocua tale facoltà lasciata al creditore; perchè se bassa era la stima, le offerte pubbliche la farebbero montare al suo giusto livello; se troppo elevata, egli arrischiava di diventarne l'aggiudicatario (art. 706). Ciò spiega come la discussione nata sul vecchio art. 697 non toccasse neppure di volo quella condizione.

Nei due sistemi del 1854 e del 1859 la procedura piemontese adottò l'alternativa dell'*aggiudicazione* o della *subastazione*; e fu d'uopo apporvi basi diverse di prezzo. All'*aggiudicazione* era norma la stima reale fatta da un perito giudiziale; nucleo del prezzo di subastazione fu l'offerta, divisata, come si direbbe, all'ingrosso e senza distinzione di sorta: *nella offerta di un prezzo non minore di cento volte il tributo diretto verso lo Stato* (articolo 793). Ovvero, se più gli convenisse, poteva il creditore offrire i tre quarti del prezzo di una perizia da farsi a sue spese (articolo 795). Il creditore stesso poteva essere per quel prezzo dichiarato aggiudicatario, non presentandosi nell'atto d'incanto offerte maggiori.

2. Tal era il sistema. Tolto via il *diritto dell'aggiudicazione* a favore del creditore oppignorante, serbato il solo ordine della vendita per asta pubblica, il creditore può essere dichiarato deliberatario per il prezzo d'offerta (articolo 675); e in questa parte non si va molto lontani dai sistemi anteriori. Ciò che è stato regolato con studiose distinzioni è l'elemento del prezzo d'offerta.

La proprietà è stata valutata ne' suoi tre stati: *a) piena; b)* divisa dall'usufrutto o del solo usufrutto; *c)* divisa in due parti, che chiamiamo ancora *dominii*, o enfiteutico o diretto.

Intorno a quest'ultimo diritto mi sia permessa una breve digressione, che stimo non inutile.

Il Codice italiano ha dato luogo nominatamente all'*enfiteusi*, a questo contratto la cui accettazione, nel Codice Napoleone, parve un problema; odioso per rimembranze feudali, non fu nominato; ma nell'atto fu trovato migliore della sua fama, più consentaneo di quello che parve a buone ed utili transazioni sociali. Si ritenne adunque dal più degli autori in certo modo raffigurato dal contratto *di rendita perpetua*, e soggetto alle stesse leggi risolutive. Intanto, cadute le leggi napoleoniche, in piena ristaurazione universale, la enfiteusi regnò in Italia sotto tutte le forme, dalle più complesse alle più semplici. Il Codice albertino dell'anno 1837 non ne fece motto; ma dietro quello stavano le leggi di Carlo Felice del 1827, che consacravano la feudalità più orgogliosa, in mezzo a cui sorgeva la enfiteusi, rattemperata alquanto e distinta con caratteri civili. Onde l'enfiteusi in Piemonte apparve meno arruffata che in altri Stati italiani non fosse. Ma fu nulla sino alla celebre legge del 13 luglio 1857, che fece largo all'affrancazione. Le oscillazioni dei legislatori sembrano ora fissate. L'enfiteusi riceve nel nostro Codice il battesimo dei contratti civili. L'articolo 1556 si è dato cura di definirlo. Bisogna convenire ch'esso ha molto perduto della sua primitiva natura; e come spediente industriale ed agrario, ha poca o niuna importanza. È vero che l'articolo 1556, per distinguerla dalla semplice costituzione di rendita, gl'imprime il carattere di contratto *ad meliorandum*; ma sono parole. Lo scopo di un grande miglioramento, mediante questa combinazione, non può raggiungersi che colla irredimibilità. Un possessore di un latifondo in-

colto può cederlo per tenuissimo canone all'industria di un proletario quando sa che potrà mantenere sopr'esso in perpetuo il suo diritto di dominio che si sviluppa di poi in tanti risultati eventuali di laudemj, ricognizioni onerose, devoluzioni; ma sotto la pressione continua dell'affrancazione non si disporrà mai a privarsi delle risorse e rendere altrui i benefizi della coltivazione. Ciò dico non quasi a rimpiangere il passato, ma unicamente per dire che l'enfiteusi è una istituzione che ha pressochè finito il suo tempo. Del resto, gioverà sempre che ogni proprietario cerchi di lavorare da sè i proprii terreni, o di farli fruttare per mezzo d'affittanze o di altri contratti più sciolti da impacci, da misture di dominii, più semplici e, per dir così, più naturali.

In questa specie di ricreazione dell'enfiteusi, essa ricompare con un abito, si direbbe, più moderno; si appalesa la sua mobilità ed attitudine commerciale; ammette ogni patto purchè non impedisca il suo libero movimento e la sua redimibilità; la ricognizione ventinovennale è ordinata a pura ricognizione del *diritto* di chi si trova in possesso dell'enfiteusi (articolo 1563) a *prova*, a conferma del titolo, ad interrompere qualunque prescrizione, non ad ossequio di dominio. Sono ammessi i laudemj o periodici o di passaggio; ma è rimarchevole, per quanto si argomenta dall'articolo 1564, che i *diritti eventuali*, a differenza delle altre leggi di affrancazione, non sono considerati nella costituzione del prezzo di riscatto; se però le prestazioni fossero periodiche e fisse, dovrebbero valutarsi come aumento del canone (*).

3. Dopo queste avvertenze ritorno all'*offerta dei sei decimi del capitale corrispondente all'annuo canone*, che per me è una conferma di quanto sono venuto osservando sull'intelligenza del citato articolo 1563 del Codice civile. In genere, *sulla misura dell'offerta minore di tanto del valore reale*, basterà ripetere ch'essa non rappresenta che un primordio del prezzo, il *minimum* che, secondo ogni probabilità, dovrà essere superato dal prezzo d'incanto. Rispetto all'*usufrutto*, la misura dell'offerta, com'è stabilita, *di trenta volte il tributo prediale dello Stato* (**), potrebb'essere la più proporzionata; l'usufrutto, per esempio, potrebbe anch'essere al termine: qualche vecchia esistenza che sta sul finire. Non importa: la legge non può procedere che a grandi tratti, non può tener conto delle circostanze particolari. *L'offerta è sempre facoltativa.* Se il creditore vi travede un pericolo, *può sempre preferire la perizia*, giusta l'alternativa che gli è proposta nelle prime parole dell'articolo 663.

Sin qui la legge si giustifica da sè. Potrebbe restar dubbio come un diritto non materiale ma intellettuale, qual è un *dominio diretto*, sia da subastarsi col metodo della procedura immobiliare. Lasciando anche da parte la nozione dell'articolo 413, capoverso 1° del Codice civile (***), la ragione della legge è posta in evidenza dalla capacità che ha il *diritto del concedente* di essere sottoposto ad ipoteca (articolo 1967, n° 3 del suddetto Codice; onde esso acquista forma materiale, se il dire è esatto, dallo stesso immobile su cui risiede (diritto immobiliare); il precetto lo enuncierà coi suoi confini; seguirà la trascrizione; i canoni si vedranno immobilizzati nelle mani dell'enfiteuta; il prezzo ne sarà distribuito ai creditori iscritti.

Non si tarda a scorgere che l'acquisto che se ne farà all'asta, può essere di due maniere; *estintivo* o *traslativo*. L'enfiteuta, creditore ipotecario o non ipotecario del concedente, oppignora il dominio diretto; in ciò non si vede difficoltà. Avrebbe potuto redimere il proprio fondo coi mezzi legali, ma o gli è mancato il danaro, o il diretto è imbarazzato d'ipoteche, o avendo egli stesso dei crediti ipotecarii prevalenti, ha stimato meglio di espropriarlo e mandarlo all'asta. Se egli si decide a far l'offerta dei tre decimi, se il diritto rimane a lui aggiudicato, il riscatto è operato a mercato assai vantaggioso. Più di sovente sarà un terzo creditore del direttario che sarà proceduto all'esecuzione; e allora l'esecuzione assumerà insieme il carattere di *sequestro sull'enfiteuta* che sarà citato per l'interesse che vi ha, e diventerà sequestratario giudiziale dei canoni dal momento della trascrizione, che sarà a lui pure intimata. Questa combinazione non è mentovata dalla legge, ma è implicita nel suo stesso organamento. La delibera o l'aggiudicazione trasporterà il diritto nell'acquirente; l'enfiteusi starà, e solo il dominio diretto avrà cangiato il suo soggetto giuridico.

Il nostro articolo non si occupa dell'inverso,

(*) Sentenza recente della Corte di cassazione di Torino nella causa Balducci — Servanzi-Collio; gennaio 1857, Relazione Bonsani.

(**) Cioè senza calcolare gli altri pesi prediali, *comunali*, *provinciali*, e via di seguito.

(***) Perchè si è pur veduto qualche volta che la nozione generale delle cose mobili ed immobili non risponde sempre esattamente alle leggi della spropriazione forzata.

della esecuzione caduta sul dominio utile. Ma cos'è la esecuzione del dominio utile, se non la esecuzione sopra un fondo soggetto ad enfiteusi? Il *corpo* adunque, il fondo stesso, *venit in pignore;* e l'essere sottoposto a un diretto si risolve in una questione di valore. La perizia mostrerà, che dovendosi prelevare sopra mille un canone di lire quaranta, l'utile dominio, ossia il prezzo del fondo, non sarà che di lire dugento. L'offerta sarà regolata su questo medesimo calcolo. Presa per base la ragione stabilita nel primo capoverso, detratto l'importo del canone, l'offerta sarà ragguagliata sull'avanzo che rappresenta il dominio utile.

Articolo 664.

L'istanza per la nomina di un perito è fatta al presidente, ed inserita per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari.

Il presidente, decorsi giorni dieci dall'inserzione, nomina il perito senza necessità di sentire il debitore.

Il giuramento del perito può essere prestato nell'atto della presentazione della relazione al presidente, o al pretore all'uopo delegato. La relazione del perito è depositata nella cancelleria.

Non si fa luogo a reclamo contro la relazione di perizia per quanto riguarda il valore.

Finchè il perito non sia stato nominato, qualunque creditore iscritto può impedirne la nomina, facendo l'offerta, di cui nell'articolo precedente, con atto sottoscritto da procuratore munito di mandato speciale per quest'oggetto, o da esso offerente, depositato nella cancelleria del tribunale.

Annotazioni.

1. La stima del fondo per mezzo di perito, come si fece osservare nell'esame del precedente articolo, *non è necessaria* (*). Essa ha luogo solamente allora che non piaccia al creditore di fare la sua offerta preliminare. Or bene; questa medesima facoltà è attribuita ad *ogni creditore iscritto.* L'ultimo capoverso dell'articolo 664 lo dice espressamente; e si vede che la legge predilige questo metodo perchè più economico. Il creditore iscritto offerente è dal canto suo tenuto ad acquistare il fondo nella ipotesi dell'articolo 675.

2. Il presidente nomina il perito (un solo perito) per istanza stragiudiziale del creditore procedente, senza chiamata di alcuno, senza contraddizione.

3. Contro la relazione non si dà reclamo *per quanto riguarda il valore.* Questa singolare disposizione non può intendersi che dell'*apprezzamento* o *valutazione* della cosa in se stessa, ossia della *qualità*, indipendentemente dalle sue affezioni, da' suoi carichi, o altresì dagli errori di quantità in cui il perito fosse incorso.

E quali sarebbero i contraddittori legittimi? Il debitore principalmente. Ma egli non è neppure inteso! Non è inteso sulla nomina del perito, che è liberissima al presidente, non è inteso perchè è commesso all'ufficio del giudice supplire coll'ordinamento della perizia al difetto della offerta: difetto giustificato abbastanza dalla domanda del creditore che ha diritto insieme e dovere di farla. Niuno degli interessati è inteso perchè il perito non può essere ricusato; e non può essere ricusato perchè il perito non è organo in questo caso a dichiarare i diritti e le ragioni delle parti litiganti; ma non fa che porgere alla vendita giudiziale un dato di valore sul quale aprire il concorso degli oblatori. Finalmente si tratta di una procedura compendiosa, ridotta al rito più semplice e necessario; ma un pregiudizio vero e reale non può tollerarsi.

Gli errori di fatto insinuati nella perizia non potranno che condurre in inganno i terzi; non si può permettere. Il reclamo si porterà allo stesso presidente, in via stragiudiziale; il presidente potrà far correggere gli er-

(*) Vedi però appresso l'articolo 666. La perizia sarebbe anche necessaria se il creditore non potesse adempire all'offerta per mancanza di censo estimativo; ciò era specialmente prescritto nell'articolo 791 del cessato Codice, pel quale le offerte del creditore erano obbligatorie.

rori. Solamente al suo niego ingiusto, potrà farsi luogo ad un incidente contraddittorio avanti il tribunale, citato il creditore pignorante.

Articolo 665.

Per promuovere la vendita, il creditore fa citare il debitore davanti il tribunale in via sommaria.

L'atto di citazione deve contenere:

1° La designazione precisa dei beni immobili da vendersi;

2° L'offerta del prezzo fatta dal creditore istante, o la indicazione dell'offerta fatta da altro creditore, o del valore di stima, a norma degli art. 663 e 664;

3° Le condizioni della vendita;

4° L'offerta della comunicazione mediante deposito nella cancelleria

Del titolo in forma esecutiva, in forza del quale si procede;

Dell'originale del precetto, di cui nell'articolo 659.

Dell'estratto di catasto o delle mappe censuarie degl'immobili sopra i quali si procede all'esecuzione, o, in mancanza di pubblici registri, di un certificato dell'autorità municipale;

Del certificato comprovante l'importare del tributo diretto verso lo Stato, imposto sopra i detti immobili per l'anno in corso, o per il precedente, se si tratti di beni soggetti a questo tributo;

Della relazione di perizia, se questa abbia avuto luogo;

5° Gli altri requisiti prescritti nell'articolo 134, salvo quanto all'elezione di domicilio, o dichiarazione di domicilio o di residenza il disposto dell'art. 563.

Annotazioni.

Originale del precetto di cui all'articolo 659, accompagnato dal certificato di trascrizione.

Gli altri requisiti prescritti nell'articolo 134. Intendi: *a)* nomi, cognomi, residenza, domicilio o dimora delle parti; *b)* l'indicazione dell'autorità giudiziaria avanti cui si procede; *c)* il creditore accenna al domicilio eletto nel precetto (articolo 563); e dove non lo avesse eletto, lo elegge o lo dichiara secondo il disposto di quell'articolo.

Articolo 666.

La sentenza che autorizza la vendita deve:

1° Contenere la descrizione dei beni immobili posti in vendita, colle loro qualità e confini, e, possibilmente, coll'indicazione delle servitù e degli altri pesi inerenti.

A quest'effetto il tribunale può nominare preventivamente d'uffizio un perito.

Se siano posti in vendita diritti immobiliari, la sentenza, oltre la descrizione dei beni soggetti a questi diritti, deve contenere la menzione del nome e cognome dei possessori o proprietari dei beni medesimi, e indicare la natura e le condizioni dei diritti, e la natura, la quantità e il modo della prestazione del canone;

2° Contenere le condizioni della vendita proposte nell'atto di citazione, alle quali il tribunale può fare le variazioni ed aggiunte che creda opportune;

3° Rimettere le parti davanti il presidente perchè stabilisca l'udienza in cui deve farsi l'incanto, entro un termine non minore di giorni quaranta e non maggiore di novanta dalla data dell'ordinanza relativa, e ordinare al cancelliere di formare il bando per la vendita;

4° Dichiarare aperto il giudizio di graduazione sul prezzo per cui saranno venduti i beni, indicando, o nominando il giudice delegato all'istruzione;

5° Ordinare ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate, e i documenti giustificativi, nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando.

La sentenza di spropriazione è notificata a norma degli articoli 367 e 385, e per cura del creditore istante annotata in margine della trascrizione del precetto.

Annotazioni.

La sentenza di vendita è una storia ed un programma; espone lo stato dei fatti, impone le principali operazioni da farsi. Poche cose da osservare su questo articolo, che è stato composto con molta diligenza.

1. *Della perizia.*

La *perizia* che il tribunale può ordinare è altra da quella che ordina il presidente, giusta l'articolo 664; ha un oggetto diverso. Per lo più avrà luogo, l'altra non esistendo. E ciò perchè il perito nominato dal presidente, per adempire al debito suo di riferire il valore, deve tener conto e occuparsi *delle servitù e degli altri pesi inerenti* al fondo. Si è detto, scorrendo il precedente articolo, che una tale perizia può essere impugnata; che lo stesso presidente potrà ingiungerne la riforma. Tuttavia la cosa potrebb'esser passata, e all'udienza in cui deve pronunciarsi la vendita, mostrarsi il bisogno che si ha di nominare un perito per chiarire le condizioni giuridiche del fondo; o il tribunale comprenderlo, e quindi *d'ufficio* nominare il perito. Vi sarebbero dunque due perizie; ma quella cui il presente articolo accenna è perizia *di stato*, *non di valore*, e quindi compatibile coll'offerta del creditore (art. 663): offerta che regolata sul censo prediale, s'intende sempre *senza considerazione dei pesi e servitù inerenti.*

2. *Diritti immobiliari.*

I *diritti immobiliari* sono quelli che, fissati sopra un immobile, non rivestono la forma corporale di esso immobile, e in effetto sono enti di ragione e incorporali, ma che per concetto della legge essendo dal corpo stesso inseparabili, e realizzandosi in esso, hanno attitudine per sopportare altri diritti non meno ideali, come gli ipotecarii, ma che nel loro realizzarsi ricadono sul corpo materiale, rappresentato da un valore qualunque. *Ve ne sarebbero di più specie* di codesti *diritti immobiliari* qui genericamente enunciati? Io ne conosco, della natura che ho descritto, due soli, quello che la legge appella *diritto del concedente sui beni enfiteutici* (articolo 1967, n° 3 del Codice civile), e l'*usufrutto* (ivi, n° 2). Sarebbe esecuzione vana e senza soggetto *se mancasse la descrizione dei beni* sui quali il diritto s'infigge; è ordinato d'indicare anche il nome del *possessore* o *proprietario*, il che suppone che il possessore o proprietario non sia lo stesso debitore spropriato. E questo accade appunto quando si espropria un dominio diretto e un usufrutto.

Non è così rispetto al *diritto dell'enfiteuta* (articolo suddetto, n° 3). Considerato avere l'enfiteuta *dominio sul suolo*, il diritto enfiteutico non si vende sotto forma di un puro diritto afficiente una sostanza materiale; ma si vende il corpo stesso, perchè questa è la forma sotto cui si appalesa nel mondo esteriore, risultando invece il *dominio diretto* come un'affezione del corpo stesso che si manifesta nella supparazione del valore, secondo le non inopportune distinzioni che abbiamo fatte sull'articolo 663.

Non appartiene al mio argomento l'esaminare come e in qual modo le *rendite sopra lo Stato* siano passibili d'ipoteca: tema grave pei teorici che vorranno discorrerlo coi principii del giure ipotecario. A me basterà dire che costituendo questo diritto un'eccezione nel sistema delle ipoteche, la costituisce altresì in quello dell'esecuzione, non potendo ad essa applicarsi l'ordinamento dell'esecuzione immobiliare (*).

3. *Notificazione della sentenza di spropriazione* (ultimo capoverso dell'articolo).

È notificata. A chi? Al debitore: così deve ritenersi; al debitore che fu pure citato. Modo

(*) Nel precedente sistema del Codice civile albertino erano considerate *immobili le piazze di causidici, attuarii ed altre ancora di proprietà privata* (art. 407), e come tali, capaci d'ipoteca (art. 2168, n° 4). *V.* Pastore al detto articolo. L'aggiudicazione o spropriazione si ottenera per mezzo d'investitura (Senato del Piemonte, 30 maggio 1812, Pastore, *Dell'espropriazione forzata*, all'articolo 2328 del detto Codice piemontese).

della notificazione, *a norma degli articoli* 367 e 385.

Sembra non esatto il richiamo di questi due articoli, e noi veniamo ad incontrarci in un serio equivoco. Equivoco tanto più grave in quanto lo stesso modo di notificazione è ripetuto quando si tratta del bando (articolo 668, princ.).

L'articolo 385 che è scritto per le cause contumaciali, ordina nella sua ultima parte che è la principale, e che sola parla delle sentenze: « Le sentenze e gli altri provvedimenti « sono notificati *personalmente al contumace* « *da un usciere destinato* dall'autorità che li « pronunciò, o che sarà all'uopo richiesta. La « *notificazione altrimenti eseguita è nulla* ». La sanzione di nullità comminata alla trasgressione di questa legge sarebbe reduplicata in quella che è scritta nell'art. 707, che impone l'osservanza delle prescrizioni ingiunte dall'art. 666.

Siamo dunque nella più urgente necessità di conoscere chiaramente la volontà del legislatore per non commettere una nullità disastrosa. Se fosse stato richiamato semplicemente il rito dell'articolo 385 nell'ultimo suo periodo, si avrebbe avuto questo risultamento espresso, che, trattandosi di un atto sì interessante quale è la notifica di una sentenza di espropriazione, il legislatore volle essere ben certo che il debitore ne aveva ricevuta la comunicazione personale.

Invece non si sa come poter combinare la disposizione dell'articolo 367 con questa parte almeno dell'articolo 385. Amendue codesti articoli sono complessi, e contengono norme varie di diverso carattere; alcune di esse sembrano ripugnare ad ogni applicazione nel caso presente. La prima parte dell'articolo 367 suppone elezioni di domicilio fatte nell'ingresso del giudizio, ed è coerente allora che le notificazioni della sentenza si eseguiscano allo stesso modo. Poco appresso si aggiunge che, *in mancanza di elezione o dichiarazione* (di domicilio), *la notificazione è fatta al procuratore.* Ma è forse obbligato il debitore oppignorato ad avere un procuratore; o il procuratore che già fu nella causa di merito, avrà ancora mandato per ricevere la notificazione di una sentenza di vendita? Se poi ci portiamo all'articolo 385, ivi è un'altra parte che dispone sul modo di notificare *le istanze che si promuovono nel corso del giudizio e le ordinanze d'istruzione* del contumace, e vuole che si faccia *mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria.* La notifica di una sentenza di spropriazione sarebbe pareggiata a quella delle *ordinanze d'istruzione?*

Ma insomma, cosa si volle con questa disposizione tanto speciale? Imporre prescrizioni rigorose e forme più solenni alla notificazione attesa la importanza dell'atto, ovvero mitigare il rigore della forma e renderla più spedita, attesa l'indole di un giudizio esecutivo?

Come si espressero quei Codici ai quali si è surrogato il nostro? Nel regolamento napoletano la vendita era annunciata cogli affissi senza decreto di spropriazione all'uso francese. Il Codice sardo del 1854 ordinava la notificazione della sentenza al debitore, e nulla più; e SCIALOJA vi apponeva questo schiarimento: « S'intende che questa notificazione « va fatta *nei modi generali stabiliti dalla* « *legge* » (articolo 773, alinea ultimo). L'articolo 796 del Codice del 1859 usava la stessa espressione. Se il nostro non se n'è contentato, ha voluto dunque fare qualcosa di diverso; o ha voluto chiarire un dubbio, e in verità vi è riuscito! Se invece dell'art. 367 non si ebbe in animo di citare piuttosto il 368; l'antinomia è flagrante. Ma c'è di peggio ancora; poichè l'antinomia, presentando disposizioni inconciliabili, permette tuttavolta di adottar l'una e scartar l'altra. E qui neppure; mentre non si saprebbe qual parte si dovesse osservare, a *pena di nullità*, dell'uno o dell'altro degli articoli richiamati. Io ne sono dolente, poichè per queste piccole sviste della redazione (ma gravide, bisogna dirlo, d'inconvenienti nella pratica), si sparge nel concetto di alcuni un discredito generale sul Codice, che è ben lontano dal meritare. Quale sarà la conclusione? Avvertite che io non trovo che veruno argomento ci aiuti per ritenere che il tribunale *debba destinare un usciere speciale* a quest'effetto; ordinamento che dovrebbe estendersi, non si vede in qual modo, alla notificazione del bando. Ciò sembrami troppo severo, troppo pesante, direi così, per un giudizio di esecuzione, mentre poi il debitore impara, per tanti mezzi di pubblicità, la condizione in cui è venuto. Per cui credo tolto ogni pericolo d'incorrere in nullità facendo la notificazione al domicilio reale del debitore, che ad ogni modo supplirebbe con vantaggio quella che potesse farsi a qualche domicilio d'elezione; e nella sostanza le disposizioni dei Codici precedenti non sarebbero state mutate.

Articolo 667.

Il bando dev'essere stampato, e indicare:

1° Il nome, cognome, il domicilio, o la residenza del debitore, del creditore, e del procuratore di quest'ultimo;

2° La data del precetto notificato al debitore, e della trascrizione di esso all'uffizio delle ipoteche;

3° La data della sentenza che autorizza la vendita, quella della notificazione di essa, e quella dell'annotazione della stessa sentenza fatta in margine della trascrizione del precetto;

4° La descrizione o la indicazione dei beni immobili posti in vendita a norma dell'articolo precedente;

5° L'importare del tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni soggetti a tributo;

6° L'offerta del prezzo o il valore risultante dalla perizia, e tutte le condizioni della vendita;

7° L'udienza assegnata per l'incanto, e la data dell'ordinanza che la stabilì;

8° La somma da depositarsi per le spese da chi voglia offrire all'incanto;

9° L'ordine ai creditori iscritti nella conformità espressa nel numero 5° dell'articolo precedente, coll'indicazione del giudice commesso per la graduazione.

Annotazioni.

1. La *formazione del bando* è incarico del cancelliere. In qualche procedura spetta al creditore che spinge gli atti alla vendita redigere un *capitolato* che contiene tutti gli estremi del bando (*V.* Regolamento romano, §§ 1308, 1300). In ogni caso, non è mai il debitore e proprietario che assuma di vendere e proponga le condizioni all'acquirente. Egli subisce l'impero della forza legale. Ho veduto quindi sorgere contestazioni avanti la Corte suprema sulla interpretazione restrittiva che dovrebbe darsi alle manifestazioni del bando allorchè qualche disputa nascesse sulle condizioni ivi esposte, *attesochè il bando non è un documento del debitore.* Bisogna intendersi su questo soggetto.

Bisogna stabilire in principio che tutto quello che ha relazione col contratto giudiziale che va ad effettuarsi *è fatto e opera del debitore;* ch'egli solo ne è risponsabile in faccia ai terzi acquirenti per le conseguenze evizionali o altre che fossero per derivarne.

Effetto di ogni obbligazione non adempita, è di privare il proprietario dell'esercizio libero di quella parte del suo patrimonio, che deve soddisfare per lui all'obbligazione alla quale non fece onore. Essa passa bentosto in condizione di pegno giudiziale; stato transitorio, che, in seguito di parecchie fasi e svolgimenti necessarii alla consumazione del diritto di proprietà, finisce nella espropriazione effettiva. Tutto questo avviene per volontà e consentimento iniziale e costante del debitore medesimo, ch'egli espresse coll'atto stesso della sua obbligazione, ove accettò tutte le conseguenze che dovevano *de jure* provenire dal mancamento della promessa. Sin d'allora egli obbligò tutte le cose sue (articolo 1948 del Codice civile); impegnarle, equivale ad alienarle per lo soddisfacimento del debito; chi *ipoteca, aliena:* è antico ditterio nella storia lugubre dei debiti. Ciò che dovrebbe far lui, e che ha virtualmente promesso di eseguire, lo fa quella persona autorevole che fa tutto quello che non vogliono fare i debitori, e si chiama il giudice. Il giudice, nell'ordine sociale e costituito, subentra al proprietario, e ne fa le veci: il creditore ha dalla legge il potere di consegnare al giudice le cose del suo debitore; il giudice soddisfa con quelle al debito, mediante una vendita o un dà in pagamento giudiziale. Ecco tutto. Il debitore, presente sempre a questo doloroso processo, ha tutto il diritto di opporsi e far rettificare le pretese del creditore e le condizioni ingiuste esposte nei pubblici editti; ma non può fingere che tutto questo non sia il suo fatto stesso: e una volta che l'acquirente giudiziale si trovasse defraudato delle pro-

messe, si scoprisse un onere fondiario non manifestato, patisse evizione per cause anteriori, può ricorrere a quegli atti come obbligatorii pel debitore spropriato (*).

2. (N° 4: *la descrizione o la indicazione dei beni immobili*, ecc.)... (articolo 666, n° 1) *colle loro qualità e confini*, *e* POSSIBILMENTE *colla indicazione delle servitù e degli altri pesi inerenti*. La legge ha voluto significare *per quanto si conoscono*; ha voluto mostrare che la vendita non sarebbe nulla, che non è indispensabile alla validità del processo; ma il debitore non potrebbe schivare perciò di rispondere *del quanto meno* sarebbero stati pagati i fondi ove non si provasse nell'acquirente la scienza dell'onere.

Se nel bando fossero inserite clausole ultronee, gravanti, ineseguibili, è stabilito che le parti possono domandarne la escinsione; ma non si ha diritto di chiedere la nullità del bando (CHAUVEAU, quest. 2320). Ma se la rettificazione non è domandata in tempo utile (cioè prima della vendita), pensano LACHAIZE, PIGEAU e PERSIL, che quelle condizioni diventino obbligatorie (**).

3. (N° 8: *la somma da depositarsi*, ecc.). È lo stesso cancelliere che ne ha fatto il calcolo presuntivo.

Articolo 668.

Il bando è notificato al debitore nella forma stabilita per la notificazione della sentenza che autorizza la vendita; è anche notificato ai creditori iscritti, al domicilio da essi eletto nelle iscrizioni prese sino a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizza la vendita; e, in difetto d'elezione di domicilio, nell'uffizio delle ipoteche in cui ciascun creditore si trova iscritto. Se un creditore abbia più iscrizioni con domicili diversi, le notificazioni si debbono fare a tutti i domicili eletti.

Il bando è inoltre pubblicato e affisso:

1° Alla porta esterna della sede del tribunale civile che autorizzò la vendita, e a quella della casa comunale del capoluogo della giurisdizione dello stesso tribunale;

2° Alle porte delle case comunali del capoluogo del mandamento in cui sono situati i beni da vendersi, o soggetti al diritto immobiliare posto in vendita, e del mandamento di cui fa parte il comune nel quale risiede il debitore;

3° Alle porte delle case o fabbriche da vendersi.

Se i beni siano situati nella giurisdizione di tribunali diversi, le pubblicazioni e affissioni sono fatte anche alla porta esterna della sede d'ognuno di essi.

Il bando è pure inserito in estratto, per due volte, nel giornale degli annunzi giudiziari. L'inserzione tiene luogo di notificazione ai creditori per le iscrizioni prese dopo il giorno in cui la sentenza, che autorizzò la vendita, fu annotata in margine della trascrizione del precetto.

Le notificazioni, pubblicazioni e inserzioni debbono essere compite trenta giorni prima di quello fissato per l'incanto.

Un esemplare del bando è inoltre depositato trenta giorni prima dell'incanto:

1° Nelle cancellerie dei tribunali civili sopra indicati, per essere affisso nella sala pubblica d'aspetto;

2° Nella segreteria del comune o dei comuni in cui sono situati i beni.

(*) Da ciò si vede quanto sia più razionale il sistema che attribuisce al giudice la compilazione degli atti di spropriazione, che quello che ne incarica il creditore spropriante.

(**) Per esempio depositare il prezzo cogli interessi in una cassa determinata; del resto io credo che le clausole contrarie al diritto si avrebbero come non apposte.

Annotazioni.

1. *Notificato*, intendo la copia intera del bando.

2. Quanto alla *forma della notificazione al debitore*, rimetto il lettore alle avvertenze fatte intorno all'articolo 666.

3. *Della notificazione del bando ai creditori iscritti, ed effetti giuridici che ne risultano.*

a) Un creditore che possiede più iscrizioni nello stesso ufficio ipotecario non può pretendere che una sola copia. Se più sono i creditori nella stessa iscrizione compresi, a ciascuno una copia, eccettochè non vi abbia un rappresentante di tutti (tutore, curatore, ecc.).

b) Con ragione dissero il PIGEAU (tom. II, p. 222) e il CHAUVEAU (all'articolo 692, Legge del 1841, quest. 2326) che le notificazioni si fanno ai creditori *che si trovano già iscritti*, e non occorre a quelli che prendono iscrizioni in tempo posteriore. Incombe ad essi il farsi conoscere per aver diritto alle successive comunicazioni.

c) *La notificazione del bando al domicilio reale del creditore iscritto non sarebbe nulla* (CHAUVAU, quest. 2330; DALLOZ, *De la vente publique d'immeubles*, n° 822). Chi avrebbe interesse a proporre tale nullità? Non il creditore iscritto, che avrebbe avuto il vantaggio di una notificazione più pronta e sicura. Il debitore non potrebbe eccepire fuorchè un eccesso di spesa ch'egli non deve sostenere.

d) *Dell'articolo* 2087 *del Codice civile.* « Il creditore avente ipoteca su varii mobili..., « *dopo la notificazione del bando venale*, in caso « di spropriazione forzata, non può, sotto pena « dei danni, rinunziare alla sua ipoteca sopra « uno degli immobili, nè astenersi volontaria- « mente dal proporre la sua istanza nel giudi- « zio di graduazione, all'intento di favorire un « creditore a detrimento di altro creditore an- « teriormente iscritto. »

Questo grave dettato, e che parmi un portato affatto nuovo dell'odierna legislazione, si connette *alla teoria del diritto di surrogazione* che ha un terzo che paga il debito altrui; alla quale è d'uopo un momento risalire.

Secondo il diritto romano, un creditore chirografario, pagando un altro creditore a lui poziore, subentrava di diritto nelle sue ragioni e privilegi personali (Leg. 24 § 3 Dig. de rebus auctoritate jud. possid.) (*). Ma trattandosi di creditori ipotecarii, diverso era il concetto. *Secundus creditor*, disse BALDO epilogando la Legge 1 Cod. de his qui in priorum creditor, *cujus pecunia pervenit ad priorem, non succedit in hypothecam prioris creditoris*, NISI ACTUM SIT (**), *quod succedat in ipsa.* Ma devi intendere il *secondo creditore chirografario*, perchè se un ipotecario inferiore avesse soddisfatto il superiore, rientrava esso pure di diritto nella di lui ipoteca (LL. 1 e 5 Cod. qui pot. in pign.). Il Codice Napoleone concedeva il subingresso legale a colui che, essendo egli stesso creditore, pagava un creditore ipotecario, onde subentrava di diritto nelle ipoteche e privilegi di lui (articolo 1251). Questo principio fu consacrato dal Codice civile albertino nell'articolo 1341. Benchè i giureconsulti fossero già d'accordo nel ritenere che ivi si parlasse di *qualunque creditore*, il legislatore italiano, sapientemente avvisando alle dubbiezze che nonostante potevano nascere fra i dotti dei differenti sistemi, si porse anche più chiaro, dicendo nell'articolo 1233, n° 1: « La surrogazione ha luogo di diritto a van- « taggio di colui che, essendo egli stesso cre- « ditore, *ancorchè chirografario*, paga un al- « tro creditore che ha diritto di essergli pre- « ferito in ragione dei suoi privilegi e delle « sue ipoteche ».

Questa legge, oltre avere per sè un senso di equità facilmente inteso, è scritta nell'interesse del commercio; quindi si è voluto favorire la condizione di chi paga il credito prevalente, surrogandolo in ogni sua guarentigia, il che non avrebbe eseguito qualora altri creditori ipotecarii o privilegiati fossero venuti ad occupare il posto vuoto, rendendo pressochè inutile il pagamento. Ma ci siamo spinti molto più avanti. L'articolo 2087 ha fatto un debito ai creditori iscritti di mantenere la loro posizione ipotecaria, e persino di propugnarla e difenderla; e si collega manifestamente coi principii dello stesso sistema ipotecario.

Quanto più il creditore ipotecario anteriore è fornito di garanzie, tanto più il creditore che iscrive ipoteca dopo di lui, riposa nella speranza di soddisfacimento, perchè egli sa che pagandolo subentra ne' suoi stessi diritti ipotecarii, che essendo estesi abbastanza possono contenere amendue i crediti. La legge tuttavia

(*) In quelle edizioni del Digesto, in cui il titolo sopra indicato si suddivide in due parti, che formano i due titoli: *de bonis auctorit. jud. possid.*, e *de privileg. creditor*, la citata legge corrisponde alla ottava di quest'ultimo titolo. Aggiungi la Leg. 2 Cod. *de his qui in priorum credit.*

(**) Se non fosse stato convenuto. Non si ammetteva che quello chiamato di poi *subingresso convenzionale.*

non poteva senza offesa dell'altrui libertà, scrivere perciò una proibizione generale somigliante a quella che è scritta nell'art. 2087; ma in presenza di questa combinazione, sul limitare di una spropriazione forzata, ha creduto di poterla ragionevolmente imporre. Mentre i creditori ipotecarii si affollano sullo stesso prezzo per esser pagati; mentre i creditori posteriori, presso al naufragio, non trovano altro scampo che dimettere gli anteriori per subentrare nella loro ipoteca; mentre infine in questa specie di società anomala si trovano ristretti i creditori per l'impero delle circostanze, si vide necessario di ordinare con giustizia il movimento legale che se ne sarebbe prodotto e prevenire le frodi.

A è il primo creditore iscritto; la sua ipoteca batte tre fondi che gli dànno esuberante garanzia, alcuno dei quali possiamo supporre non esser caduto nel presente giudizio di spropriazione; *B* è il secondo creditore iscritto; viene *C* per terzo. Se *A*, soddisfatto col prezzo presente, rinunzia a *C* la sua ipoteca, questi, subentrandovi, primeggia *B*, malgrado fosse anteriormente iscritto. È ciò che la legge non vuole. Essa invece esige che sia lasciata aperta a *B*, secondo creditore, la facoltà di soddisfare il primo e subentrare nelle sue ragioni. Si allarma come di una frode, che cede una giusta speranza e perturba una posizione legittima. Questa specie di quasi-contratto giudiziale, che riunisce in un accordo di buona fede i creditori iscritti, data *dalla notificazione del bando*, dal qual momento è assicurato il processo di espropriazione.

Articolo 669.

L'usciere fa risultare delle notificazioni, pubblicazioni, affissioni, e dei depositi degli esemplari del bando, mediante processo verbale da consegnarsi entro giorni tre alla cancelleria del tribunale.

Il processo verbale, quanto ai depositi, è sottoscritto anche dagli uffiziali che li abbiano ricevuti.

Le inserzioni sono giustificate colla presentazione di esemplari del giornale, che il creditore istante deve consegnare entro giorni tre alla cancelleria, depositando altresì in essa il certificato delle ipoteche iscritte sopra gl'immobili posti in vendita a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizzò la vendita.

L'esemplare del bando depositato nelle segreterie comunali può essere esaminato da chiunque.

Articolo 670.

Oltre le pubblicazioni, affissioni e inserzioni indicate negli articoli precedenti, il tribunale può ordinarne altre nei luoghi che creda opportuni.

Articolo 671.

Quando l'incanto sia stato ritardato da qualche incidente, le pubblicazioni e affissioni, l'inserzione nel giornale, e il deposito a norma dell'art. 668, si debbono rinnovare giorni otto almeno prima della nuova udienza stabilita per l'incanto.

Annotazioni.

Fra le notificazioni, pubblicazioni e vendita vi ha un intervallo determinato a comodo del pubblico, un termine franco e pieno, che di trenta giorni nella prima proposta d'incanto, si riduce ad otto se quello non ha avuto luogo, per una *causa qualunque*.

Se c'è di mezzo una sentenza, se la sentenza è appellabile, il primo giorno dopo i quindici (articolo 708), non interposto l'appello, sarà utile al rinnovamento delle notificazioni e pubblicazioni.

Articolo 672.

Chiunque può offrire all'incanto per conto proprio, o personalmente, o per

mezzo di persona munita di mandato speciale per quest'oggetto, da depositarsi nella cancelleria del tribunale prima dell'incanto.

Soltanto i procuratori legalmente esercenti davanti il tribunale possono offrire all'incanto per conto di persona da dichiararsi.

Qualunque offerente deve aver depositato in danaro nella cancelleria l'importare approssimativo delle spese dell'incanto, della vendita e relativa trascrizione, nella somma stabilita nel bando.

Deve inoltre aver depositato in danaro o in rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, valutate a norma dell'articolo 330, il decimo del prezzo d'incanto, o dei lotti pei quali voglia offerire, salvo ne sia stato dispensato dal presidente del tribunale.

Se sia ammesso all'incanto chi non abbia adempiuto alle prescrizioni di questo articolo, il cancelliere del tribunale ne è risponsabile in solido.

Articolo 673.

Il debitore non può offerire all'incanto, salvo che sia erede con benefizio d'inventario.

Annotazioni.

1. « Les enchères sont faites *par le ministère d'avoués* à l'audience » (art. 705 della legge francese del 1841, riportando l'articolo 707 della procedura del 1807). Nel mezzo tempo fra le due legislazioni questa pratica era caduta in disuso; si fece avanti una turba di sconosciuti senza mezzi e senza pudore, che imprese a fare delle pubbliche aste un traffico poco onesto; onde l'esperienza consigliò di rinfrescare la legge anteriore. Il Codice di procedura di Napoli ritenne lo stesso disposto. In Piemonte si era adottato un sistema che si direbbe medio fra questi. Si doveva ottenere dal presidente l'autorizzazione per offrire agli incanti; il presidente non l'accordava che a persone che presentassero una certa guarentigia morale; ma il permesso non occorreva a colui che avesse depositato nella segreteria il decimo del prezzo. Il nuovo legislatore della procedura trovò divise le provincie italiane fra i due sistemi. Ed ecco cosa disse la Relazione: « Abusando della facoltà fatta generalmente a « chiunque di offrire all'incanto per persona « da nominare, presso alcuni corpi giudiziarii « si sono costituiti degli individui che, del con- « correre agli incanti per poi rivendere, suol « fare una speculazione riprovevole e perico- « losa. Costoro si sono insignoriti degl'incanti « pubblici, allontanando ogni altro concor- « rente con gare che riescono rovinose, sì che « nessuno può comprare se non da loro. La « qual cosa pregiudica grandemente il debi- « tore e i creditori. — Il nuovo Codice non po- « teva tollerare la persistenza di questo di- « sordine. Perciò dispone che soltanto i pro- « curatori legalmente esercenti possano offrire « all'incanto per conto di persona da dichia- « rarsi » (*).

Altro è l'offerta che ognuno fa per sè; ed altro è l'offerta fatta non per sè, non quale mandatario di persona che si nomina, *ma per persona da dichiarare.* In Francia non si può offrire all'incanto se non coll'organo di un pubblico causidico; il nostro Codice permette *a chiunque* l'offrire per conto proprio, con intervento personale o per mezzo di speciale mandatario; ma solo il pubblico causidico può farlo *per persona da dichiarare.* Sotto l'ombra del mistero potrebbesi nascondere qualche tristo pubblicano, qualche operazione poco sincera; la legge ha fatto un onore meritato al ceto dei procuratori, quasi ponendo la moralità dell'atto sotto la sua fede. E ciò che più onora il ceto dei causidici si è, che in sì lungo corso di anni non si è potuto citare in Francia un notevole esempio di abuso. Soltanto i pratici sono venuti più e più volte deplorando l'angustia in cui per siffatto metodo era posto il concorso degli offerenti; e si elevò una seria disputa, nella quale e CARRÉ e PASCALIS e PER-

(*) Il ministro non ha voluto certamente fare alcuna allusione al sistema austriaco vigente in Lombardia. Pare che ivi dominasse la più perfetta libertà di offerta, *quoad personas*, quella del debitore eccettuata (§ 458 del Codice di procedura austriaco).

su ed altri presero parte, cosa dovesse farsi quando il numero degli offerenti avanzasse quello dei causidici del luogo, e quantunque un causidico potesse rappresentare più oblatori, non si vedeva poi come potesse farlo senza parzialità per l'uno e per l'altro de' suoi mandanti. Se siamo sempre tormentati dal sospetto di pericolose insidie e di frandi maligne, il sistema piemontese era per avventura il migliore. Ma poichè l'articolo 672 ridona al pubblico una fiducia, che infine non è che un diritto, bisogna convenire che si è fatto bene; la frode, il delitto ci può sempre entrare, ma non bisogna cominciare dal presumerlo. La legge penale se n'è giustamente preoccupata, quantunque non colpisca netto il caso presente di *comprar basso per rivendere*; ma punisca atti nel quali è più appariscente il carattere delittuoso (articoli 402, 403 del Codice penale 27 dicembre 1859). Le speculazioni, del genere di quelle di borsa, difficilmente sfuggono agli avoltoj del commercio: ma la vasta pubblicità degli incanti è un gran preservativo. Una cosa che realmente vale, troverà sempre, o quasi sempre, dei compratori serii ed onesti (*).

2. *Dell'offerta del debitore.*

La proibizione (articolo 673) è motivata da inconveniente morale o da incompatibilità giuridica? Io non trovo di veramente ragionevole che questo secondo motivo; poichè, chi farebbe una colpa al debitore di concorrere, se può onestamente farlo coll'altrui mezzo, per riavere, con un prezzo il meno elevato possibile, ma legale, i propri beni, suppongasi anche con danaro prestato? Non si è veduta altra procedura farne un capo di nullità. Ma in nome dello stesso debitore sarebbe un riscatto; proprietario, il debitore non potrebbe comprare da se stesso; e un riscatto per questo modo obliquo non si può permettere (**). Si è poi voluto mettere in rilievo la facoltà, ponendovi a lato la *condizione d'incompatibilità*, e se n'è creata una disposizione assennata e sconosciuta agli altri Codici.

L'articolo 673 mantiene la distinzione delle persone, che è il carattere delle eredità beneficiate. In tre maniere potrebbe concepirsi l'applicazione di tale facoltà, e uscirne tre quesiti: 1° che il debitore colpito d'espropriazione *nei beni proprii* venisse concorrente all'asta *qual erede beneficiato*; 2° che, spropriato di qualche immobile della eredità, comparisse all'acquisto *nel nome suo proprio*; 3° che, spropriato qual erede beneficiario, comparisse all'asta nella stessa qualità per ricuperare l'immobile all'eredità medesima.

Può dirsi, a favore del primo proposto, che la persona considerata come soggetto abituale di diritto, è diversa da quella che è soggetto particolare di un diritto ereditario determinato; che da codesta dualità giuridica nasce appunto la compatibilità di azioni oggettivamente opposte. Ma s'incontra una difficoltà: che il beneficio dell'inventario non è che una difesa all'erede; mezzo a tenere separato il patrimonio personale dall'ereditario. Non è suscettiva di aumento l'eredità beneficiata; o se si aumenta dall'erede, si aumenta a favor suo (***); quindi equivale ad un acquisto che il debitore facesse per se medesimo. Si potrà pure aggiungere che, a ben considerare il testo, esso esprime piuttosto il secondo che altro dei tre concetti che abbiamo enunciati.

Io che ritengo anche questo concetto virtualmente compreso nell'articolo, respingo la obbiezione. L'erede può acquistare all'eredità beneficiata, purchè lo faccia nel nome di erede beneficiato e per essa. Da quel momento i legatarii e i creditori dell'eredità vi avrebbero acquistato un diritto (****). L'erede beneficiato acquistando per la eredità, intende forse di compensare danni e perdite da lui arrecate alla medesima eredità; e come gli potrebbe esser vietato? Concludo adunque che anche in questo caso il debitore spropriato, che accudisce all'incanto nella qualità di erede beneficiato, dev'essere considerato *qual terzo acquirente*.

Non parlerò della *seconda* ipotesi, che è quella prevista dalla legge.

Non ammetterei la *terza*. L'erede beneficiario che soffre l'espropriazione di fondi ereditarii per debiti dell'eredità, presentandosi oblatore in tale qualità, sarebbe percosso dal divieto dell'articolo 673, poichè non sarebbe altro che lo stesso debitore.

3. *Del deposito del decimo del prezzo della vendita di un complesso di fondi, distinta in parti o lotti.*

(*) Il Codice di Ginevra, che fece onore al Bellot, non accettò le pastoie: ammise in genere al concorso degli incanti tutte le persone che sono capaci d'acquistare.

(**) Tale offerta sarebbe nulla di fatti (*V* art. 707).

(***) Perchè resone conto (articolo 969 del Codice civile), tutto l'avanzo, pagati i debiti, rimane suo.

(****) Anche per mezzi naturali potrebbe aumentare la eredità beneficiata. Oltre i vantaggi di una buona coltivazione, di una buona amministrazione, può figurarsi un'alluvione utile ai terreni ereditarii, la scoperta di un tesoro in un fondo della eredità, ecc.

Nulla di più frequente nelle subastazioni che dividere in parti e imprese varie il complesso immobiliare da vendersi quando attinenze di utilità o di convenienza non consiglino altrimenti. L'articolo 672 prevede questo modo di vendite separate o *per lotti*, e ordina il preventivo deposito del *decimo del prezzo d'incanto* o *dei lotti;* ed è chiaro che colui che concorre a più lotti, per *ciascuno* deposita il decimo del prezzo relativo.

Non è meno aperto, che la vendita per parti dov'essere stata autorizzata dalla sentenza nella quale i singoli lotti o gruppi si veggano con precisione di nomi e di confini distinti; tutti gli atti che seguono non rappresentano che la esecuzione della sentenza di vendita (articolo 666). Solo da essa attinge l'autorità sua il presidente delegato *che stabilisce l'udienza in cui deve farsi l'incanto, e ordina al cancelliere la formazione del bando* (art. 666, n° 3). Vi sarebbe nullità se gli atti conseguenti non fossero conformati alla sentenza di vendita (*).

Il tribunale civile, come il pretore rispetto all'esecuzione mobiliare, è vestito di un certo moderato e cauto potere discrezionale, proprio delle circostanze in mezzo alle quali sorge, per così esprimermi, la sua autorità regolatrice; onde io credo che il tribunale pronunciando la vendita forzata, possa eziandio d'ufficio ordinare il metodo degli incanti, separando i corpi da vendersi e, come si direbbe, formando i lotti, ciò che trova anche sufficiente fondamento nel testo letterale (articolo 666, n° 2). Sarebbe pericoloso il ritenere facoltizzato il tribunale a stabilire *tempi diversi* alle vendite, risultando dal n° 3 del citato articolo ch'esso delega soltanto al presidente *di stabilire l'udienza in cui deve farsi l'incanto;* e non più udienze. E forse si annette qualche importanza all'unico mercato e al concorso simultaneo degli oblatori, onde si eccita gara e attrito di compratori favorevole allo scopo. Intanto la divisione agevola gli acquisti; salvo di riporre agli incanti, secondo le disposizioni di legge, quei corpi che rimanessero invenduti.

4. *Risponsabilità del cancelliere.*

Se il decimo o i decimi per ogni singola vendita sono pagati in cartelle dello Stato, ha luogo il ragguaglio ordinato dall'articolo 330; e ciò resta a cura del cancelliere del tribunale *che n'è risponsabile.* L'ultimo capoverso dell'articolo 672 sancisce questa responsabilità. Per verità non avendo altr'obbligo il cancelliere che di curare *il deposito del decimo e di una somma per le spese*, come ora diremo, è ragione che la risponsabilità di lui non si estenda alle ulteriori e più serie conseguenze che sono per derivare dalla mancanza del pagamento del prezzo per parte del compratore.

L'articolo 693 dichiara con giusto rigore a quali emende si esponga in simili casi il compratore; e ne risulta una condizione di cose che renderà più o meno difficile l'applicazione di quest'articolo che riguarda la risponsabilità del cancelliere. Si potrebbe fosse argomentare che dal non avere il cancelliere ritirato, come doveva, il decimo e le spese, e dall'avere permesso a quell'offerente di entrare nel concorso, ne venne per necessaria conseguenza la caducità dell'offerta, per non essere stati pagati gli altri nove decimi del prezzo? No certo; nè senza manifesta esorbitanza ed ingiustizia si vorrebbe associare il poco diligente funzionario a tutte quelle obbligazioni che ricadono sul compratore per l'articolo 693. Bensì il cancelliere sarà esposto a soddisfare del proprio, salvo rivalsa contro l'offerente, le spese del nuovo incanto che trascurò di farsi anticipare; e il decimo insoluto rappresenterà un debito d'altrettanto che il cancelliere avrà verso chi di ragione a titolo di quei danni che l'offerente fosse tenuto a risarcire. Cesserebbe ogni sua risponsabilità dal momento che costui avesse adempita la sua obbligazione *prima del nuovo incanto*, secondo l'articolo 694.

5. *Del deposito delle spese.*

Il bando dichiara quale somma sia da depositarsi (articolo 667, n° 8). Se la vendita è divisa in lotti, ad ognuno sarà proporzionata una spesa distinta. Più avanti vedremo se e come questa spesa debba esser restituita o rimborsata.

6. *Facoltà del presidente di esonerare l'offerente dal deposito.*

Avvisata per incidenza nel 3° capoverso dell'articolo 672 tale facoltà del presidente, si crede ch'egli non sarà per esercitarla se non quando la solidità dell'offerente sia abbastanza sicura; nel caso cioè in cui non vi sarebbe veruna ragione per accordare un favore che ha un certo senso di parzialità. Ma come s'introduce qui l'autorità del presidente? Non è facile concepirlo. L'anteriore Codice sardo, come si è rammentato in altro luogo, costituiva il presidente in una particolare ingerenza per arbitrare delle persone che potevano o no

(*) Ma intorno alle questioni di nullità, vedi il commento all'articolo 707.

concorrere all'asta senza lo sborso del decimo; pure si vede che qualche facoltà simile gli è ancora riservata: occulta, non bene spiegata questa facoltà, e io non sarò quello che vorrà applaudirla.

Articolo 674.

All'udienza stabilita per l'incanto il cancelliere, sull'istanza del creditore, legge il bando. Indi si procede all'incanto.

A quest'effetto si accendono candele, che durino ciascuna un minuto circa.

La vendita segue a favore di chi abbia fatto l'offerta maggiore.

Si ha per offerta maggiore quella, dopo la quale siansi accese ed estinte successivamente tre candele, senza maggiore offerta.

Ogni offerente cessa di essere obbligato quando la sua offerta sia stata superata da un'altra, sebbene questa fosse dichiarata nulla.

Se l'incanto non possa compiersi nella stessa udienza, sarà continuato nel primo giorno seguente, non festivo, quantunque non sia giorno d'udienza.

Articolo 675.

Quando le prime tre candele accese successivamente siansi estinte senza che siasi fatta offerta, è dichiarato compratore, per il prezzo portato dal bando, il creditore che abbia fatto l'offerta di cui negli articoli 663, 664 e 665.

Nel caso di stima, se non siano state fatte offerte all'incanto, il tribunale ordina che l'incanto si rinnovi in altra udienza, ribassando il prezzo di un decimo al meno, e così successivamente finchè non si abbiano offerenti.

Annotazioni.

1. Le offerte si fanno a voce; ma sono già corroborate dal deposito del decimo e delle spese, che è come il biglietto d'ingresso nella sala dell'incanto.

2. *Qualità e caratteri dell'offerta al pubblico incanto.*

L'offerta è pura e semplice. L'offerta condizionale, o *in diem*, non sarebbe ricevuta. Si potrebbe dubitare se cadendo la condizione o il termine come inutilmente apposto, l'offerta si dovesse valida ritenere. La legge nulla dice; e non si esprime che in questo modo: offerta *minore o maggiore*. Ma io credo che non sia un'offerta seria, non abbia cioè a tenersene conto. Mancherebbe da parte dello stesso offerente la volontà di fare un'offerta efficace. E dove e come potrebbe disputarsi della condizione? Dovrebbero intanto sospendersi gl'incanti?

Siamo d'accordo sulla semplicità dell'offerta. Non vuolsi però confondere un'offerta *a condizione* o *a termine* con quella che è accompagnata da osservazioni, proteste o riserve, nell'intendimento di sviare condizioni, carichi, pretese, che non debbono per diritto essere assunte dal deliberatario.

La sentenza, dice l'articolo 666, n° 2, *contiene le condizioni della vendita;* le quali si ripetono nel bando, si notificano, ricompariscono perfettamente identiche nell'atto d'incanto. E va bene. Ma che sarebbe se fra le condizioni della vendita ce ne fossero di gravatorie e contrarie al diritto? Chiunque ha interesse di non imbarazzare la vendita, che non si vengano seminando liti quando urge di finirle, potrà far correggere dal tribunale il bando (articolo 702, n° 3) (*). Suppongasi però che la istanza non sia stata fatta; e l'oblatore istrutto e accorto, visto il carico ingiusto che si vuol porre, fa bensì la sua offerta, ma con protesta. Si è messo, per esempio, che non s'intende accordare veruna garanzia in qualunque caso; l'offerente, protestando in contrario, e non ostante offerendo, non fa mica un'offerta condizionale, ma pura, semplice e regolare; imperocchè non egli aggiunge alla legge del-

(*) Tali sentenze sarebbero inappellabili; ma per non anticipare, ne parleremo a suo luogo.

l'incanto, ma altri vi aggiunse; egli non fa che respingere una pretesa illegale, che richiamare all'osservanza del diritto; tanto è lontano che si tratti di addizione all'offerta, che tacendo non farebbe a sè pregiudizio, e potrebbe riservare la sua protesta al verbale di delibera, o farne capo d'incidentale domanda ove fosse d'uopo.

Nel secondo capoverso si parla dell'*offerta maggiore* in modo assoluto: quanto dire l'offerta *massima*, l'offerta decisiva. Nel mezzo tempo in cui le candele bruciano, possono succedersi offerte *relativamente maggiori*, che si vengono escludendo finchè ne resti una che duri quanto bastano le tre candele ardenti; e dopo ciò il deliberatario esiste. Intanto la legge ha cura di farci sapere che *ogni offerente cessa di essere obbligato quando l'offerta sia stata superata da un'altra, sebbene questa fosse dichiarata nulla.* Così i nodi si stringono e si sciolgono successivamente in una gara d'incanto, ed è ben giusto onde niuno rimanga in obbligazione più di quello che è necessario all'effetto che si ha in vista.

E da questo lato non si è fatta, io credo, questione; ma è sorta dall'altro. Ammesso che l'oblatore, la cui offerta è stata superata, *non è più obbligato. Ma se invece egli si tenesse in diritto di far valere la sua offerta*, come quella che fu realmente l'ultima e la maggiore comparativamente, non sarebbe forse fondato nella sua pretesa?

I dottori si sono proposti il quesito, e concordi lo hanno risolto in senso contrario (CARRÉ, FAVARD DE LANGLADE, t. III, pag. 6; DALLOZ, t. XI, pag. 755, n° 1, ecc.) (*). L'offerta, si dice, è come non avvenuta, non ad uno, ma a tutti gli effetti. Non si devo sofisticare sopra una disposizione che è fatta in uno scopo utile, per il bene della cosa stessa, mentrechè sia pur nulla l'ultima offerta, essa potrà rinnovarsi; concedendo il fondo a chi, nella verità del fatto, esibì un minor prezzo, si farebbe una cosa ingiusta, dannosa. Poi si trova meglio che l'incanto cada in nulla per rinnovarlo, anzichè favorire una complicazione e un disordine.

Supposta la nullità dell'offerta, conseguenza rispetto al processo d'incanto. Questioni e soluzioni.

Se la promessa che si fa per mezzo dell'offerta cessa di esser obbligatoria al semplice annunzio di un'offerta relativamente maggiore, se l'ultima offerta è nulla, ne viene di conseguenza che il processo d'incanto si riduce ad un tentativo di vendita privo di effetto.

Chi si compiacerà di approfondire un poco l'argomento, che del resto è di quotidiana necessità, vedrà nascere problemi di procedura esecutiva che domandano soluzione.

Come si appalesa, come si giudica, la nullità dell'offerta ultima e maggiore? Io faccio il caso più ovvio. Il processo verbale si chiude sotto l'impressione definitiva di quest'offerta; il tribunale non fatto accorto della nullità, o non entrandone egli medesimo in sospetto, delibera nell'atto stesso il fondo al maggior offerente. Ma quella parte a cui interessa (**), promuove un incidente e domanda la nullità del processo d'incanto. La risoluzione del tribunale, qual preside di questa solennità esecutiva, non ha valore di sentenza, in quanto non può acquistare autorità di cosa giudicata sopra una questione che non gli fu proposta, sulla quale non pronunziò; sulla quale invece deve pronunziare per apposita istanza, in speciale giudizio.

Annullata l'offerta, tutto rientra nel nulla; e l'esperimento d'asta si riprende dal suo principio colla rinnovazione degli atti e ripubblicazione degli editti. Ciò sta anche in relazione col disposto dell'articolo 696.

Ma se quella che si direbbe offerta maggiore *non è accettata e viene respinta immediatamente e sull'atto* dal magistrato, in modo che potrebbe dirsi non esser mai esistita, ne verranno pur anco i notati effetti, la inconsistenza della precedente offerta e la dissoluzione dell'incanto?

Le cause per cui un'offerta può rigettarsi, riputarsi e dichiararsi nulla, si ravvisano diverse, e di due ordini segnatamente. Talune intrinseche, razionali, che richiedono un esame, un giudizio; altre che hanno un carattere materiale, un aspetto d'evidenza tale che il magistrato della esecuzione non permette neppure la presentazione delle offerte, o tosto le rimuove. Si dubita della capacità legale dell'offerente che si pretende interdetto; si muovono difficoltà sui poteri di un mandatario o di un rappresentante che viene a fare un'offerta per un corpo morale o per un individuo; si crede che l'offerta sia implicata di condizioni, benchè non siano che giuste riserve. Si elevano proteste, e il cancelliere le registra nel processo verbale; e queste sarebbero cause

(*) L'articolo 795, capoverso primo della Legge francese del 1841 è identico al nostro.

(**) *L'interesse della regolarità di un processo* è in tutti quelli che possono subire le conseguenze della irregolarità: nel debitore, nel creditore procedente, negli stessi creditori iscritti.

di nullità del prim'ordine. All'incontro chi subentra a fare l'offerta apparentemente maggiore, è uno che non ha fatto il deposito preliminare; fa un'offerta che non è seria, perchè esibisce bensì una somma maggiore, ma dichiara che sarà a pagarla dopo un certo termine, o a certe condizioni evidentemente inammissibili; o senza essere un procuratore esercente fa un'offerta per persona da dichiarare, siffatte esibizioni non sono ascoltate, e non si registrano punto nel processo verbale, *vox prætereaque nihil;* e tali offerte si hanno come non fatte. *Quid juris?* La precedente offerta, minore bensì ma seria e regolare, sarà nondimeno svanita, il processo d'incanto si dovrà abbandonare, dovrà istaurarsene un nuovo?

Per l'affermativa, ad escludere cioè ogni distinzione, fa gran forza quel canone sì chiaro nella sua espressione: *ogni offerente cessa di essere obbligato... sebbene l'offerta maggiore sia dichiarata nulla.* Eppure una tale soluzione, secondo me, non sarebbe ragionevole.

A parte il disordine e il danno che sarebbe per risultarne. Sorge una voce da uno del popolo; un'offerta stravagante, suppongasi anche immodica e di gran prezzo; il preteso offerente, secondo l'esempio dato, non ha fatto il deposito. Ebbene: l'offerta è nulla, si dirà, ne conveniamo; ma l'offerta c'è, e basta. Vada adunque a monte l'incanto, e con esso ogni offerta. Ciò non è possibile. E ben può dirsi che non si ha in realtà un'offerta maggiore, se non fu seria, se non fu che uno scherzo, se quantunque non si potesse soffocare la voce che la pronunziò, si dichiara immediatamente dal magistrato che non può attendersi, che non può tenersene conto; quindi l'incanto prosegue sull'ultima e regolare offerta. Così si distingue fra offerta *ammessa* e *non ammessa;* sebbene l'offerta ammessa sia impugnata, o possa impugnarsi e dichiararsi nulla.

Da tali considerazioni emanano conseguenze che ricadono sull'applicazione eziandio dell'articolo 675. Se le tre candele sono estinte *senza che siasi fatta offerta*, segue l'aggiudicazione a favore del creditore. Or bene; offerte in verità furono fatte, ma o non serie, o nulle.

Se non vi fu che qualche offerta della risma di quelle or ora esemplificate, non si erra dicendo che non ve ne fu alcuna. Ma nell'altra ipotesi la conclusione sarà diversa: se concorse l'animo e la volontà nell'offerta, benchè irregolare e nulla, se l'offerta venne accolta nel processo verbale benchè sotto protesta e con invio al tribunale per discuterne il valore, se la nullità è dichiarata, trovo che l'incanto dovrà *ex integro* rinnovarsi, non procedersi all'aggiudicazione (*).

3. *Dell'aggiudicazione a favore del creditore.*

Il creditore che ha fatta l'offerta proemiale, o sia lo stesso procedente o un creditore iscritto, è proclamato aggiudicatario nella stessa udienza, nominale però e risolubile, come si vede nel progresso del procedimento. Con ciò è risparmiato un incanto che deve rinnovarsi se, in luogo di aversi un fondamento del prezzo nella offerta preliminare, si è dovuta fare la stima.

Può accadere che *più offerenti si siano presentati* sulle norme degli articoli 662 e 663; *quale di essi sarà preferito aggiudicatario?*

Il creditore procedente ha senza dubbio la preferenza; tutto mostra che l'offerta del creditore iscritto (articolo 663) è suppletoria. E fra più creditori iscritti che offersero (non potendo in tale offerta preliminare esservi superiorità, dovendo essere conformate alla misura prescritta nell'articolo 663), fra più creditori iscritti offerenti, lo penso che *il primo debba essere preferito*, perchè avendo il suo atto adempito al voto della legge, cessa la ragione per cui altri debba ammettersi, o un concorso sarebbe dannoso e contrario allo scopo. Il fermento della gara, per così esprimermi, si scorge sempre nel processo dell'acquisizione giudiziaria; e il premio è concesso alla diligenza.

4. Il deliberamento, puro risolubile *quando si parte dalla stima*, si ottiene a furia di diminuzioni di decimo in decimo che si vengono facendo nel corso dell'incanto. La legge non dice quale intervallo debba decorrere da una diminuzione all'altra; e dipenderà dalla prudente economia del magistrato. Quando si arrivi al punto che si trovi come a livello delle intenzioni degli oblatori, l'offerta deciderà la delibera, ma l'*ultimatum* dovrà sperimentarsi colla estinzione delle tre candele, nel cui mezzo

(*) Un atto che non esiste in verun modo e sotto nessuna apparenza *non è atto nullo;* ma meglio è dire che non esiste. Se un cancelliere, con arbitrio o senza, si è rifiutato di ricevere un ricorso, non si dirà che il ricorso è nullo, perchè in fatto non si ha ricorso. La proposizione *atto nullo* comincia dall'affermare che il *soggetto* appare in una forma estrinseca qualunque; e benchè nel *predicato* si contenga la inesistenza legale dell'atto, è un concetto di diritto che si esercita appunto sopra un materiale che gli è sottoposto. Ne segue, a conferma della esposta dottrina, che io azzardo non so se per la prima volta, che la offerta non ricevuta e respinta, *non si dirà che è nulla, ma piuttosto che non esiste.*

tempo potrebbe venir fuori un'offerta più vantaggiosa.

La legge presume che, scendendo e scendendo, negl'infimi gradi almeno si troverà il compratore. Perciò non ha prevedutto il caso che manchi con tutto questo il compratore; il compratore adunque ci sarà. Il solo ma inevitabile inconveniente può essere che gli accorti aspiranti aspetteranno gli ultimi ribassi, e allora verranno a spiegare le loro proposte.

Articolo 676.

Il compratore, nel processo verbale dell'incanto di cui nell'articolo 685, deve fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio o residenza, a termini dell'art. 563, nella città in cui seguì la vendita. In difetto, le notificazioni saranno fatte alla cancelleria del tribunale.

Annotazioni.

Ora ci portiamo all'articolo 685. Il compratore definitivo eleggerà il domicilio (*) all'*oggetto speciale* delle notificazioni che dovessero eseguirsi allo stesso compratore; fra le quali quella dell'appellazione, ove abbia luogo (articoli 702 e seg.). Nessun effetto ulteriore, non riguardante il giudizio di spropriazione, potrà annettersi a tale domicilio.

La parte applicabile del richiamato articolo 563 è il secondo capoverso. Il domicilio si elegge *nella città in cui risiede il tribunale* innanzi al quale si è proceduto alla spropriazione.

Articolo 677.

Il compratore può ritirare il deposito del decimo col consenso di tutti i creditori comparsi nel giudizio di graduazione, o giustificando di avere integralmente soddisfatto il prezzo, e adempiute le condizioni della vendita.

Il cancelliere, nel termine stabilito dalla legge sulla cassa dei depositi e prestiti, da computarsi dalla vendita definitiva, trasmette alla cassa stessa l'anzidetto deposito, il quale frutterà a vantaggio del compratore.

I depositi fatti dagli altri offerenti sono loro restituiti.

Annotazioni.

1. La disposizione si estende tanto al compratore definitivo, che al precedente. Ogni compratore ha lo stesso obbligo di *soddisfare il prezzo e adempire le condizioni della vendita* (**). Ove ciò giustifichi, la restituzione del *decimo* è di diritto; mancando il fatto o la giustificazione, converrà aspettare l'apertura del *giudizio di graduatoria* e lo spirare dei termini nei quali i creditori hanno diritto di comparire; e *tutti* essendo d'accordo (non la maggioranza semplicemente), sarà permesso il ritiro del decimo, che è una diminuzione di guarentigia.

Il cancelliere deposita il *prezzo* sborsato dal compratore nella *cassa dei depositi e prestiti*, e sarà fruttifero *a favore del compratore*. Per fermo la legge suppone che il *compratore definitivo* non possa immediatamente conseguire il possesso dei fondi, forse per esservi di mezzo un appello, altrimenti non si vedrebbe il perchè di questa disposizione (***), che piuttosto dovrebbe essere scritta a favore del *compratore condizionale* che deve privarsi per un tempo più o men lungo dell'uso del suo danaro, incerto se nell'ultimo sarà per restargli il fondo. A sì ragionevole conclusione non si porge la lettera della legge, che *computa un termine*, qual che sia, dalla *vendita definitiva*; ma io tengo non essere mestieri un precetto di legge positiva per esonerare il cancelliere dalla risponsabilità, il compratore dal pericolo, e procurargli del suo danaro qualche onesto profitto.

Colle parole *anzidetto deposito* sembra accennarsi non solo al *prezzo integrale*, ma ben anco al *deposito del decimo*; rispetto al quale si troverà che è giusta l'applicazione letterale,

(*) Farà semplicemente la *dichiarazione di ritenerlo*, se lo abbia in luogo; che equivale ad una elezione per quest'oggetto.
(**) Quali siano, vedremo all'articolo 689.
(***) Forse per relazione all'articolo 719.

e che in pendenza delle altre che si succedono, potrà il decimo restare convenientemente presso il cancelliere.

2. Ogni offerente, per avere la patente di ammissione, deve inoltre *far deposito in danaro delle spese dell'incanto*, ecc. (articolo 672, capoverso 2°). La restituzione del deposito delle spese agli offerenti decadnti è abbastanza significata nell'ultimo capoverso: i DEPOSITI *fatti dagli altri*, ecc., ma il compratore primario rimane impegnato sino alla vendita definitiva; proclamata la quale a favore di altra persona, egli ritirerà, com'è giusto, *ogni suo deposito*, passando nella linea di quegli offerenti che non sono riusciti.

Articolo 678.

Il procuratore esercente davanti il tribunale, a cui siano stati venduti i beni nell'incanto, può dichiarare, nei tre giorni successivi a quello della vendita, di aver fatto l'acquisto per una terza persona; la vendita s'intende fatta a questa, se nello stesso termine essa abbia accettata la dichiarazione con atto ricevuto dal cancelliere del tribunale, oppure il dichiarante abbia nel detto termine depositato nella cancelleria un mandato speciale per quest'oggetto, anteriore alla vendita.

Il compratore rimane risponsabile finchè la persona dichiarata non abbia adempiute le condizioni prescritte nell'articolo 672, capoversi secondo e terzo.

La dichiarazione o elezione di domicilio o di residenza fatta dal compratore è obbligatoria per la detta persona, finchè questa non abbia notificato la dichiarazione o elezione di altro domicilio o di altra residenza in conformità dell'articolo 676.

Annotazioni.

1. Illustrando l'articolo della legge francese del 1841, che nel concetto principale risponde alla presente (*), il CHAUVEAU osserva che la trasgressione di quest'articolo non è seguita dalla *sanzione di nullità*, e ne vede il motivo nella sussistenza della vendita in nome dello stesso procuratore, qualora o non faccia veruna dichiarazione, o non la faccia nei modi e termini prescritti.

Sarebbe forse da portarsi una diversa opinione secondo la legge nostra, poichè nell'articolo 707 si trovano imposte a pena di nullità le formalità in questo ordinate?

Basterà una facile distinzione a convincere che la sentenza dell'illustre francese è vera anche per noi. Altro è che l'adempimento delle formalità prescritte sia necessario per investire il terzo nominatario dei diritti acquistati dal procuratore colla propria offerta, ed altro è che l'offerta sia nulla. *Essa è valida*, *solo la girata è nulla.*

2. Questo punto di legislazione si è venuto successivamente modificando. In quei sistemi nei quali le offerte non potevano farsi che per mezzo dei procuratori, come il francese e napolitano, fra gli altri impacci si aveva anche questo, che il procuratore se non voleva caricarsi di tutti gli acquisti che veniva facendo per altri e perire sotto il peso, doveva nei tre giorni successivi alla delibera dichiarare la persona per la quale e nel cui interesse si era presentato; ed a ciò intende l'indicato articolo 707 della legge francese, e il 793 del già Codice napolitano. Onde la differenza fra quei sistemi e il nostro, che in quelli trattavasi di una *specie di mandato abituale* che avevano i procuratori per chiunque volesse offrire all'asta pubblica, nell'esercizio della quale funzione arrischiavano sempre di restare personalmente impegnati, laddove nel nostro sistema il mandato del procuratore è necessario soltanto qualora non si voglia per qualche ragione manifestare all'atto dell'incanto il nome del vero acquisitore che non può restare nascosto, e ciò per breve tempo, salvo che sotto quello di un ufficiale che ha la fede pubblica, e assume una guarentigia più che morale di efficace risultamento. Nei Codici sardi del 1834

(*) « L'avoué dernier enchérisseur sera tenu, dans « les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, si non de « représenter son pouvoir, lequel demeurera annexé à « la minute de sa déclaration; faute de ce faire, il sera « reputé adjudicataire en son nom, sans préjudice de « disposition de l'article 711 » che limita la facoltà dei procuratori, escludendo certe classi o persone dall'incanto.

e 1859, non più adoperato il ministero necessario del pubblico causidico, e data facoltà al deliberatario, qualunque fosse, di *dichiarare una terza persona* nello spazio di tre giorni, si esigeva però l'*ammissione del presidente*, mancata la quale il procuratore era costretto con obbligo personale all'acquisto.

L'odierna legge è buona perchè ritiene presuntivamente in un procuratore esercente l'esercizio del mandato che nega ad ogni altro che non rivesta tale qualità (*), è buona nell'interesse della regolarità e della moralità dell'atto. L'enunciata procedura di Ginevra, non traendo profitto dal pubblico ufficio del procuratore, esclude il mandato presunto, e nella nomina di un nuovo deliberatario non vede che un atto di cessione, onde la risponsabilità del precedente deliberatario per le obbligazioni del sostituito qualora costui vi mancasse, o fosse insolvibile.

E difatti gravissima è la conseguenza rispetto specialmente ai debiti ipotecarii. Nella ipotesi della trasmissione del dominio, le ipoteche generali sui beni futuri, ove simili ipoteche sono ammesse, verrebbero *ministerio legis* ad imporsi sull'immobile, e ricadrebbero sul nuovo acquirente. Nulla ha di simile la risponsabilità del procuratore, precisata nel primo capoverso del primo articolo: adempite le condizioni della legge, il procuratore non risponde che per il deposito delle *spese* e del *decimo*; e ciò dimostra, cosa assai notevole, che *il procuratore esercente per offrire all'asta non è obbligato ad anticipare quel deposito.*

3. *Ma che s'intende in questo caso per decimo del prezzo?* Forse il decimo del prezzo che *fu proposto nel bando*, al quale realmente accenna l'articolo 672 (**), ovvero *il decimo del prezzo per cui è seguita la vendita?*

Quantunque il richiamo sia preciso, terrei disforme dallo spirito e dalla ragion della legge la prima interpretazione. Ciò che è stato ordinato in una ragione presuntiva, acquista misura determinata nella realtà. E io credo debba il procuratore rispondere nè più nè meno del decimo del prezzo effettivo e attuale,

4. Che il procuratore non sia liberato dall'acquisto nominando una *persona incapace*, non è cosa di metter in disputa (Corte di Tolosa, 10 maggio 1840).

Articolo 679.

Dopo la vendita, e otto giorni almeno prima della scadenza del termine stabilito in appresso per l'aumento del sesto, il cancelliere del tribunale fa inserire nel giornale, o nei giornali in cui fu pubblicato il bando per l'incanto, una nota contenente:

1° L'indicazione dei beni immobili venduti;
2° La data della vendita;
3° Il nome e cognome del compratore;
4° Il prezzo della vendita;
5° Il giorno in cui scade il termine per l'aumento del sesto.

Articolo 680.

Nei quindici giorni successivi a quello della vendita è ammesso l'aumento non minore del sesto sul prezzo della medesima, purchè sia fatto da persona che abbia adempiute le condizioni prescritte dall'articolo 672, capoversi secondo e terzo, per mezzo di atto ricevuto dal cancelliere del tribunale, con costituzione di un procuratore.

In caso di più aumenti, l'offerta maggiore è preferita; tra offerte eguali è preferita la prima.

(*) *Ritenere presuntivamente il mandato* all'effetto che la nomina successiva si rannodi a tale presunzione onde inferire che sin da principio il procuratore ha agito nell'interesse altrui, ed escludere così la rivendita, *è diverso* dal conferire *un mandato abituale e necessario per tutti* i concorrenti all'asta, che appoggia bensì la presunzione medesima, ma la generalizza eccessivamente, e produce un effettivo disordine.

(**) Il decimo cioè *del valore offerto o del valore peritale.*

Annotazioni.

1. La prima delibera si estima meglio che altro una preparazione e un prodromo della vendita, ma la *quantità dell'aumento da proporsi* nell'incanto successivo fu soggetto di discussioni e dispareri. In antico era adottato l'aumento del *quarto*. Il Codice di procedura francese seguitò queste tradizioni (art. 710); ma nell'epoca della riforma del processo esecutivo la questione fu esaminata dal lato razionale nei lavori di PASCALIS e di PERSIL con una manifesta tendenza a facilitare il nuovo esperimento, e fu fissato l'*aumento del sesto*. Nei Codici sardi del 1854 e 1859 fu stimato opportuno un ulteriore temperamento, che però aveva d'uopo dell'autorizzazione del presidente, l'*aumento del mezzo-sesto*. Ora è stato abbandonato. Vi è qualche cosa che reclama a favore del deliberatario, perchè non sia troppo leggermente privato del suo acquisto; e fu per questo riflesso che non si ammise come decisivo un *aumento qualunque*, e si adottò una misura di limite ragionevole nell'opposto interesse del deliberatario e dei creditori. È inesatto il riscontro che qualche scrittore ha creduto vedere fra l'*addictio in diem* e il sistema dell'incarimento subastale; perchè la vendita fatta al primo deliberatario non è che *condizionale*, come dissi, e coll'aumento legale si scioglie; mentre per quell'antico istituto si effettuava una nuova vendita.

2. *Con atto ricevuto dal cancelliere del tribunale*, intendi *nella stessa cancelleria*. Si disputò se l'atto presentato al cancelliere *fuori dell'uffizio* fosse accettabile (DALLOZ v° *Surenchère* n° 339, e *Rec. per.*, 1856, t. I, nota 5), e fu deciso in senso negativo (tribunale di Grenoble, 16 giugno 1853).

La *costituzione di procuratore* non ha altro oggetto, io credo, che di aggiungere all'atto una certa solennità e quasi una morale garanzia, oltre quella materiale del solito deposito del decimo del prezzo e delle spese. La sua dichiarazione è impegnativa, ma non è pertanto obbligato a depositare l'intero prezzo, perchè anche il suo acquisto è condizionale, dipendendo l'esito dal successivo incanto. Ci può essere più di un'offerta; qualcuna maggiore dell'altra, partendo sempre dalla base *del sesto*; se ve ne sono delle eguali, preferendosi la prima in tempo, è di tutta necessità che il cancelliere faccia annotamento dell'ora.

3. Può sorgere il dubbio: *se il decimo*, che dev'essersi già depositato prima dell'offerta d'aumento, *sia correlativo al prezzo d'incanto proposto nel bando iniziale*; o *a quello per cui fu deliberato il fondo coll'aumento del sesto*. La questione ne produce un'altra: *se all'aumento del sesto sia ammesso soltanto chi si è già presentato ad offrire nel primo incanto*; o chiunque possa essere ammesso, purchè adempia le pratiche volute dall'articolo 680.

Motivo di dubitare sarebbe quell'espressione dell'articolo: *purchè sia fatta da persona* CHE ABBIA ADEMPITE *le prescrizioni dell'articolo* 672, *capoverso* 2°; onde sembra richiamarsi ad un atto anteriormente eseguito, e precisamente all'ingresso del primo incanto.

I precedenti Codici del 1854 e del 1859, che professavano lo stesso sistema, quando si venne al disporre sull'offerta dell'aumento, non parlarono di questa condizione: risultandone, che chiunque poteva presentarsi *ex primo*; e non è punto a credersi che il nuovo Codice abbia voluto introdurre una limitazione sì poco giustificata e tanto dannosa all'interesse del venditore. Resta dunque che possano offrire l'aumento anche coloro che furono estranei al primo incanto; e allora il deposito del decimo e delle spese devesi eseguire insieme alla dichiarazione d'offerta. Determinato già il prezzo; ritenuto che quello della prima delibera fu di lire 6000; che coll'aumento del sesto si portò a 7000, il decimo di questa somma dovrà depositarsi. Posso errare, ma non sarò tacciato d'incoerenza: io già diedi una uguale soluzione nella terza nota sull'articolo 678, ed è, secondo me, la sola ragionevole. Invero, dopo le fasi subite dal processo d'incanto, non si saprebbe come risalire alle proposte del primo bando, che cessarono di regolare le operazioni della vendita. Il richiamo dell'art. 672 non è che indicativo dell'obbligo da adempiersi: quanto al rapporto della somma è necessario ragguagliarlo all'attualità del prezzo sul quale va ad aprirsi il nuovo incanto (*).

4. Osservo che il bando ordinato dall'articolo 679, da pubblicarsi come ivi è disposto, non è soggetto a notificazioni personali.

5. *Lo stesso creditore procedente può fare l'aumento del sesto*. Questa è anche l'opinione del DALLOZ e CHAUVEAU all'articolo 708 della Legge francese del 1841.

(*) Ne segue che il *decimo*, che è sempre un concetto di relazione, è molto variabile non solo di misura, ma di base; ora ha per base la *offerta del creditore* (articolo 663), ora il valore di perizia (art. 664), ora il prezzo della prima vendita (articolo 678), ora quello stesso aumentato del sesto (articolo 680).

6. *Come s'intenda l'aumento del sesto quando nel prezzo sia compreso qualche onere che viene accollato al compratore.*

Tra le condizioni della vendita vi può esser quella che un peso del fondo vi rimanga, e si paghi il prezzo depurato da questo.

Per esempio, il fondo è gravato di un canone livellario, e si crede opportuno di non realizzarlo. Il fondo è gravato di un onere di lire 300; il prezzo della prima compera, oltre l'assunzione del livello, è di 300; dunque il complesso è di 600. L'aumento deve cadere sul complesso (PIGEAU, *Comment.*, t. II, p. 335).

7. *Se più immobili sono stati venduti in massa, e per un sol prezzo, si può esercitare la facoltà dell'aumento sopra uno o alcuni di essi soltanto?*

Mi pare che intorno a tale quesito la giurisprudenza francese non sia bene determinata. Io opino che l'aumento debba farsi sul *totale*, e non possa scindersi se non sia intervenuto regolare decreto di tribunale che abbia ordinato un nuovo metodo di subasta, vista la utilità di adottarlo.

Articolo 681.

Il presidente, sulla presentazione del detto atto che il cancelliere deve fargli nei tre giorni successivi, stabilisce in fine del medesimo l'udienza per il nuovo incanto entro un termine non minore di giorni trenta, nè maggiore di cinquanta.

Il cancelliere forma un nuovo bando, aggiungendo alle indicazioni del primo l'importare del prezzo della vendita, il seguito aumento, e la data di questi due atti.

Questo bando, venti giorni almeno prima di quello stabilito per l'incanto, è notificato al compratore, al creditore istante, e al debitore, e pubblicato, affisso, inserito, e depositato a norma dell'articolo 668.

Articolo 682.

All'udienza stabilita si procederà all'incanto a norma dell'art. 674. Se non sia fatta una offerta maggiore, è dichiarato compratore chi ha fatto l'aumento.

Il nuovo compratore, oltre l'adempimento degli obblighi del suo contratto, deve rimborsare il precedente delle spese già pagate.

Questa vendita è definitiva.

Annotazioni.

1. Nella sua più semplice espressione, il processo della vendita forzata consiste: in un primo incanto, che ha per base il valore della offerta di un creditore o quello di stima, che si viene però attenuando con determinate proporzioni; e in un secondo incanto, che ha per base il prezzo della prima delibera coll'aumento del sesto. A queste progressioni corrispondono tre editti o bandi: il primo e il terzo soltanto aprono il concorso pubblico e la gara verbale degli offerenti.

2. *Notificazione del bando al compratore.* La legge chiama *compratore* il primo, comechè condizionale deliberatario. All'*oblatore del sesto* la notificazione non è prescritta; la pubblicazione dell'editto, che basta per tutto il mondo, basterà anche per lui. Pure non comparendo all'asta, se non si presentano offerte maggiori, rimane compratore definitivo.

Articolo 683.

Quando chi ha fatto l'aumento sul prezzo non promova la vendita nei termini stabiliti dall'articolo 681, è in facoltà del compratore, del debitore, del creditore istante, o di qualunque fra i creditori iscritti di farvi procedere nel modo ivi stabilito, purchè l'istanza per il nuovo incanto sia proposta nel termine di giorni quaranta da quello in cui fu fatto l'aumento.

Digitized by Google

Scaduto questo termine senza che l'istanza sia stata fatta, l'aumento proposto si ha come non avvenuto, e rimane ferma la vendita. In questo caso chi fece l'aumento e non promosse l'incanto è condannato a istanza degli interessati al pagamento di una indennità equivalente al vigesimo del prezzo della vendita, che insieme con questo sarà distribuito nel giudizio di graduazione.

Annotazioni.

1. Compilato il nuovo bando dal cancelliere, è finita la ingerenza ufficiale; spetta alle parti il ponderoso apparecchio dell'incanto e il dar corso alle operazioni necessarie. Chi ha fatto l'aumento ha interesse di ricevere la solenne conferma del suo acquisto, senza la quale egli non vince il primo deliberatario; ma l'esperienza ha mostrato che quest'interesse non basta per assicurare ch'egli vorrà anche assumere ulteriori incomodi e spese per giovare forse a tutt'altri che a sè. Pentito o negligente, forse non se ne incarica; e allora la legge facoltizza gl'interessati ad agire in luogo suo. Ma se niuno risponde all'invito della legge, si cancella, e si ha come non fatto l'aumento medesimo; e il primo deliberatario diventa definitivo. Ma in tal caso *chi fece l'aumento* non isfugge a una pena che gli è applicata *sotto nome d'indennità*. L'indennità è arbitraria: non poteva esser altra, se si voleva andar via per le brevi e senza fare una lite per liquidare il danno. È abbastanza mite, perchè se trova che la sua offerta fu troppo elevata possa liberarsene senza grave sagrificio. Questa disposizione ha la sua origine nel Codice sardo del 1859 (articolo 812): non si conobbe nelle procedure anteriori, che si limitavano ad annullare la offerta del sesto, restando definitivo il primo deliberatario.

2. Se qualcuno degli interessati ha continuato in termine il procedimento esecutivo, *l'oblatore del sesto è liberato dalla penalità?* Si può rispondere al tutto francamente, che, qualunque sia l'esito dell'incanto, e posto persino che l'incanto sia nullo, non è più tenuto. *Ma che si dirà sul diritto di delibera?* Messa la ipotesi che il nuovo incanto, promosso da altri che dall'oblatore del sesto, non ottenga offerte migliori, uscirà egli il deliberatario definitivo? (articolo 681, in principio) Perchè no? Forse è respinto in odio della sua negligenza, nella stessa maniera che decadde dal diritto quando l'incanto è abbandonato? Non lo credo. La prova è fatta, ed è ciò che la legge voleva; la prova è fatta, e non è riuscita perchè più utile oblatore non è comparso. Del resto nella nostra procedura non è ingiunto a chi ha fatto l'aumento di presentarsi all'asta per affermare la sua oblazione. Purchè il nuovo incanto abbia corso, ciò basta per restituire l'oblatore del sesto alla sua condizione normale.

3. La legge ammette il *compratore, debitore, ecc., a fare la istanza* onde si proceda all'incanto; facoltà suppletoria per altro, *che non si esercita* che qualora l'oblatore *abbia omesso di farlo nel termine stabilito.* E sono i *venti giorni* prima dell'incanto, nei quali deve fare le pubblicazioni e notificazioni prescritte dall'articolo 681. Si crea perciò un termine nuovo; termine che può anche cominciare a decorrere dopo quello stabilito all'incanto; quindi nuova destinazione all'udienza, onde siano sempre *interi* al pubblico i *venti giorni* statuiti dall'articolo 681.

4. *Se sia lecito al primo deliberatario e all'oblatore del sesto concordarsi fra loro onde cada senz'effetto l'atto d'aumento, e non abbia luogo l'incanto; e se il fatto loro sia colpito dalla legge penale.*

Gli scrittori di giurisprudenza ci rammentano l'esempio di quel procuratore che, dopo avere assistito il suo cliente nell'atto d'aumento, prese accordo col deliberatario, e mediante una somma, che fece accettare allo stesso suo cliente, si ritirò la offerta. Fu giudicato che il procuratore era reo di complicità *nel delitto di aver allontanato gli oblatori dai pubblici incanti* (Cassazione, 10 ottobre 1844, DALLOZ, *Recueil pér.*; *Commentario al Codice sardo*, tom. v, part. I, pag. 525). Fu similmente giudicato che *chi ha manifestato l'animo suo di proporre un aumento, indi per danaro rinuncia a questo suo disegno*, si rende penalmente colpevole *di avere impedito la libertà degli incanti* (Corte di Pau, 18 maggio 1855, DALLOZ, *Rec. pér.*, 1857, tom. II, pag. 67; MORIN, *Répert. du droit crim.*, v° *Enchères*, n° 3; Cassazione francese, 18 marzo 1848 e 26 maggio 1848; DALLOZ, *Rec. pér.*, 1848, t. I, pag. 80 e 104.

L'egregio scrittore di questa parte del *Commentario al Codice sardo* ci assicura che questa morale dottrina fu accolta ed ebbe seguito anche in Piemonte. Senonchè una notevole decisione della Corte di Chambéry del 2 luglio 1855 dichiarò, che *essendo stato condannato il*

deliberatario per avere, con mezzi fraudolenti, impedito un aumento di sesto, si doveva però mantenere legittimo deliberatario come già era. Io mi associo a questa conclusione, poichè le offerte aumentative, in qualunque forma si eseguiscano, *non sono condizioni sospensive della prima vendita, ma risolutive;* quindi, se per una causa, anche delittuosa, non avevano potuto aver luogo, tutto ciò non poteva retroagire sulla validità della prima delibera, che supponiamo immune da frode (*). Ma quel deliberatario non potrebbe esimersi da un'azione di danni-interessi, onde troverà forse troppo caro l'acquisto, dovendo ristorare le perdite probabili prodotte dal suo fatto collusivo (**).

Articolo 684.

Le spese della sentenza di vendita, della tassa di registro, e della trascrizione della sentenza medesima sono a carico del compratore.

La tassa di registro e quella della trascrizione sono restituite se la vendita sia dichiarata nulla.

Le altre spese ordinarie del giudizio sono anticipate dal compratore, salvo il prelevarle sul prezzo della vendita.

Le spese straordinarie, cioè quelle per le istanze sugli incidenti, sono a carico di chi abbia fatto contestazioni non fondate.

L'autorità giudiziaria può dichiarare che le spese cagionate da eccezioni non fondate del debitore sieno prelevate sul prezzo della vendita.

Annotazioni.

Ecco una ben divisata categoria di spese. Qualche riflesso però non sarà inutile.

Abbiam visto l'articolo 672 imporre ad ogni offerente, compratore possibile, il deposito anticipato delle spese *sino alla trascrizione*. Questa spesa (la cui applicazione è poi determinata nel seguente articolo 685, capoverso ultimo) spetta senza dubbio, con quella di registro, al compratore che risulta *definitivo*, a quello cioè il cui diritto di acquisto è sancito e stabilito dalla sentenza di vendita (art. 685). Si è fatta distinzione *fra spese ordinarie e straordinarie*. Ordinarie saranno quelle che sono richieste dalla natura e qualità del giudizio; e non prodotto da quei *singolari avvenimenti* che generano controversie intermedie, che invece di svolgere con tratto successivo la tela del processo, la interrompono. Cotali spese deve pagarle chi soccombe nell'incidente, ciò è chiaro; ma *se le contestazioni sono fondate*, allora, io credo, si dovrà distinguere. O l'incidente deriva dalle condizioni stesse del patrimonio oppignorato, e non da errori o colpa del procedente, eccettochè questi o altri degl'interessati non abbiano ecceduto nei modi di difesa, la spesa starà a carico comune, ossia si preleva dal prezzo. L'immobile, suppongo, era indiviso, e si è dovuto effettuare la divisione. O l'incidente è causato da errore o colpa del creditore procedente o di altri, costui dovrà risponderne del proprio, non gravare lo stato; distinzioni generali e comuni nella teorica delle spese giudiziali, alla quale il presente dettato non toglie punto. L'ultimo capoverso, non abbastanza preciso nella sua espressione, sembra voler dire che, sebbene le eccezioni del debitore, che produssero aggravio di spese, non siano state trovate concludenti, nondimeno è in facoltà del giudice di ordinarne il prelievo sul prezzo a favore di chi le ha anticipate, anzichè farne un separato carico al debitore che forse non ha più mezzi da pagare.

Articolo 685.

La sentenza di vendita consiste

Nel processo verbale dell'incanto in cui si riferiscono col bando le condizioni della vendita;

(*) Altrimenti potrebbe essere annullata (art. 403 del detto Codice penale del 1859).

(**) Ricordo la disposizione dell'articolo 211 del detto Codice penale, che proibisce ad ogni ufficiale pubblico ed agente del governo di prendere interesse nelle *aggiudicazioni*, appalti e altri atti delle pubbliche amministrazioni *dei quali abbia avuto la direzione o sorveglianza*; disposizione che si estende ai magistrati ed agenti che governano la pubblica asta.

Nella dichiarazione di chi resta compratore;

Nell'ordine al debitore o sequestratario di rilasciare il possesso dei beni a favore dello stesso compratore;

E, se sia stato venduto il dominio diretto di beni soggetti ad enfiteusi, nell'ordine all'enfiteuta di riconoscere per concedente il compratore, e di pagare a lui le annue prestazioni.

La sentenza è notificata al debitore, e, nel caso indicato nel capoverso precedente, anche all'enfiteuta.

Se vi sia un sequestratario, è al medesimo notificato l'estratto della sentenza nella parte contenente l'ordine di rilascio.

Il cancelliere, nei dieci giorni successivi alla vendita definitiva, fa trascrivere la sentenza di vendita, sotto pena di una multa estendibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. Portandosi all'articolo 707 si è colpiti dal vedere che non è statuita sanzione di nullità alla trasgressione di veruno dei molti precetti contenuti nell'articolo 685. Rispetto alla sentenza si rifletta: 1° *Essa tiene ad una forma particolare, per cui non tutti i requisiti generali delle sentenze, indicati nell'articolo* 360, *si richiedono in questa;* 2° *Che altri requisiti però della legge comune sono eziandio da osservarsi anche in questo genere di sentenze sotto pena di nullità*, malgrado il maestoso silenzio dell'articolo 707.

Non si potrà far debito a una sentenza di vendita di non aver esposte le *conclusioni*, i *motivi di fatto e di diritto*. Dopo la breve storia del processo esecutivo, essa ne dichiara la soluzione, consacra i suoi risultati, emette gli ordini opportuni; ma non decidendo una controversia, non è tenuta alla motivazione. Senonchè sogliono talvolta i giudici portare alla estrema udienza questioni incidentali che versano su qualche punto in contesa e riuniscono le cause: il che è bene previsto dall'art. 702, capoverso. Ed allora è necessario aggiungervi *conclusioni e motivi*, o subire l'annullamento a rigore dell'articolo 361. D'altro lato, non è possibile liberare questa o altra sentenza dalle formalità essenziali, quali son quelle che risultano dall'articolo 357, e num. 7, 8 e 9 dell'articolo 360.

2. Il processo verbale d'incanto è inserito nella stessa sentenza.

3. *Ordine al debitore o sequestratario* (*) *di rilasciare il possesso dei beni a favore dello stesso compratore.*

A cominciare dal francese sino al Codice generale italiano, questo precetto venne accompagnato dalla *comminatoria dell'arresto personale* (Codice di procedura francese, art. 713; napoletano, art. 798; sardo del 1854 art. 801, del 1859 art. 828). Essa è stata tolta dal corrispondente nostro articolo 685.

Diremo pertanto che non sarà più applicato questo mezzo di coercizione?

Io credo che potrà applicarsi ancora, ma temperatamente e con giusta misura, e mi spiego. Questa comminatoria annessa alla legge di procedura, e speciale al caso, ora va a trovarsi espressa soltanto nell'ordinamento generale del Codice civile. Nell'articolo 2094, n° 2, è così scritto: « L'arresto personale sarà ordinato... contro colui che ha volontariamente « contravvenuto ad inibizioni giudiziali per « l'adempimento delle obbligazioni assunte col « fatto della trasgressione ». L'articolo 2108 del Codice albertino, n° 4, conteneva una disposizione specifica, quantunque fosse lasciato al giudice l'applicarla secondo le circostanze. « L'arresto personale potrà essere ordinato « dal giudice, valutando le circostanze del « fatto nei seguenti casi... contro coloro che « una sentenza proferita in petitorio e passata « in giudicato, *siano stati condannati a rilasciare un fondo e che ricusino di obbedire;* « in tal caso l'arresto avrà luogo in virtù di « una seconda sentenza ». Ma le leggi posteriori di procedura, assumendo il massimo rigore, derogarono a questa mitezza.

Nel silenzio della nuova procedura resta sola dominante la norma del Codice civile, che tien conto di una trasgressione od opposizione dolosa, ed ha un carattere di generalità

(*) Vi potrebbe essere un sequestratario giudiziale deputato all'immobile, secondo l'art. 921.

che può piegarsi a più interpretazioni, giusta i fatti e le circostanze. Pertanto il giudice non fa che ordinare *il rilascio del possesso dei beni.* La sentenza non dice nulla di più. Che avviene? Se la consegna non è fatta di buon accordo, il compratore può fare i suoi atti di possesso; entrare, se vuole, col pubblico ufficiale, spedire precetti ai coloni, ecc. Fin qui non ci sarebbe ragione per decretare un arresto. Dee verificarsi ciò che la legge ha prevedutto, *se si contraviene volontariamente a inibizioni giudiziali* o a precetti giudiziali: se l'espropriato persiste, se si oppone dopo che gli fu notificata la sentenza. Allora si potrà domandare e anche decretare l'arresto, previo intimo; ma sarà ancora più semplice ordinare la sua espulsione personale dalla casa abitata o dal fondo: ond'è a sperare che mai non si vegga questa scena dolorosa dell'arresto aggiungersi alle afflizioni di un padre di famiglia.

E perchè non dovrebbero piuttosto usarsi i mezzi cautamente ordinati nell'articolo 743 e seg. della procedura relativa al *rilascio degli immobili?* Invero non potrebbe mai farsi a chiedere un mandato d'arresto personale chi non avesse già presa questa via imperativamente segnata dalla legge, e che molto bene risponde al suo scopo.

4. *Estensione del diritto di possesso.*

La sentenza di vendita, o per sua propria dichiarazione o per relazione ai bandi, contiene la enunciativa dei fondi e degli accessorii che servono all'istruzione, qualvolta sia stato venduto *il fondo istrutto.* Io non sono d'avviso, qualunque cosa voglia dirsi rapporto alla *vendita volontaria*, che gli accessorii che servono alla coltivazione ed istruzione, o mobili, per destinazione immobili, si possano riputare *di pieno diritto* compresi nella vendita all'asta, quando non si abbiano argomenti di fatto per così ritenere. (È anche l'opinione del CHAUVEAU, quest. 2004). Dato che vi siano compresi, allora sarà da ammettersi facilmente che quegli attrezzi ed istrumenti, che il proprietario avesse nel corso del processo sostituiti ad altri logori o mancanti, entrino nel còmpito dell'acquisitore (DALLOZ, *Répert. vent. publ. d'imm.*, n° 1791, 1792).

5. *Da qual momento si considera il deliberatario, nel possesso di diritto, esistendo l'appello?*

Dal giorno del deliberamento definitivo. Se l'appello sospende l'esecuzione materiale della sentenza, alla conferma il deliberatario ricupera i frutti che altri avesse raccolti nel mezzo tempo; e gli devono essere rifatti i danni che avesse patiti nella sua proprietà (FAVARD DE LANGLADE, tom. V, pag. 73, n° 3; CHAUVEAU, quest. 2404 ter.).

6. *A chi incomba il pericolo della cosa messa all'asta nell'intervallo dopo la prima aggiudicazione* o *delibera, e dopo l'offerta del sesto.*

PIGEAU ha detto: « *Si le bien périt ou se* « *détériore* depuis la surenchère, c'est pour le « compte de l'adjudicataire, et non pour l'en« chérisseur » (tom. II, pag. 236). Nota in principio ch'esso non tien conto dell'*aggiudicatario provvisorio.* Tale aggiudicazione chiamasi anche nell'ordinamento francese *preparatoria;* e avviene per quel prezzo qualunque (mise à prix) che è stato offerto dal creditore procedente. Appresso, e dopo non poche formalità e pratiche, ha luogo l'aggiudicazione o delibera *definitiva*, a cui succede l'aumento del quarto, una volta, ora del sesto (articolo 710 del Codice di procedura del 1807, articolo 708 dell'attuale). Secondo quel sistema, non si ammetteva *al concorso che l'aggiudicatario e colui che propose l'aumento del quarto*, a carico dei quale si passava alla rivendita ove avesse declinata la gara; una radicale mutazione si fece colla legislazione del 1841, come si è detto più volte, ma ciò non interessa il presente argomento. Partendo pertanto dal punto dell'aggiudicazione o delibera che dicevasi, come si dice anche oggidì *definitiva*, benchè esposta ad altre riprove e saggi d'incarimento, quell'autore propose la dottrina che dal CARRÉ, dal CHAUVEAU e dal FAVARD DE LANGLADE è stata anche approvata, che *se il fondo perisce dopo la prima aggiudicazione, dopo l'offerta del sesto*, e correndo i termini in cui dovrebbe seguire la seconda delibera, *perisce all'aggiudicatario.*

Io credo che per noi pure sia da adottare la stessa dottrina. Veramente il processo della prima delibera è compito. L'offerta dell'aumento del sesto non equivale ad una nuova delibera surrogata alla prima; *essa non è che la condizione di un nuovo incanto.* È bensì impegnativa, non potendo l'offerente nè ritirarsi nè declinare il nuovo incanto di cui, anche non presentandosi, subisce le conseguenze; ma non si è deliberatario e acquirente dell'immobile, se non si è dichiarato tale nell'atto solenne in cui è convocato il pubblico. Se l'offerente del sesto non potrebbe in verun caso pretendere alla posizione di deliberatario effettivo prima dell'incanto che sussegue la sua offerta, non si potrà volerlo già divenuto deliberatario effettivo per imporgli il pericolo della cosa. Laonde, ove posteriormente alla prima delibera, prima o dopo l'offerta del sesto, non seguito il secondo incanto, fosse stato

consunto dal fuoco l'edifizio deliberato, *teoricamente parlando*, il primo deliberatario dovrebbe portare la perdita.

Può in contrario osservarsi ch'esso non è ancora in possesso; che il dominio di lui non è perfetto; la sentenza non è stata pronunciata, nè quindi ha avuto luogo la trascrizione del nuovo dominio, e la sua traslazione nei rapporti della pubblicità; che infine dall'esito dei successivi esperimenti la stabilità del suo acquisto dipendeva. Gravi riflessi senza dubbio. Nondimeno sono perentorie risposte; che il dominio non può rimanere sospeso; che la vendita è risolubile presentandosi migliorie di prezzo, ma per sè è *pura* (*). Il pericolo si trasmette al compratore per effetto del consenso e senza necessità di tradizione (articolo 1125 del Codice civile).

Che diremo del possesso? È vero che il possesso non è che un accidente della proprietà, ma bisogna ben distinguere fra il *non avere il possesso*, che è un fatto, e il *non poter avere il possesso*, che è diritto. Se il primo deliberatario è tenuto *legis imperio* lontano dal possesso, sarà agevole far valere questo argomento, aggiunto agli altri, onde dedurre esser ancora immatura e dubbia la sua posizione di proprietario. Che poi sia così, che non sia obbligato il debitore espropriato a dimettere il fondo, che non debbe cioè considerarsi ancora espropriato, è reso manifesto dall'articolo 685, parte prima, non rilasciandosi l'ordine di espulsione che colla pronuncia della sentenza che sancisce il deliberamento definitivo. Che pertanto? Un deliberatario che non ha neppure azione per entrare nel possesso, tanto la sua condizione è precaria, e per conseguenza (conseguenza che cade a fil di logica) non ha le comodità del fondo, dovrà subirne il pericolo, e perderlo, se occorra prima di averlo avuto in potere, esposto tuttavia al pagamento del prezzo?

Di questo stato intermedio fra la prima e l'ultima aggiudicazione, e dei rapporti di diritto che si formano in questa particolare condizione della proprietà, la legge non si occupa, e credo bastare i principii generali. E sia pure. Ma è proprio vero che nessuna sorta di possesso o nessuna comodità del possesso spetti al primo deliberatario? Se questo nucleo obbiettivo si solve, la questione stessa sembra risoluta.

Veramente il possesso materiale e di fatto, libera disponibilità, non è concesso al primo deliberatario, come non lo sarebbe al secondo, fintantochè il processo di spropriazione prosegue il suo corso. Vi si oppone una convenienza pratica che si approssima alla necessità, al fine di non tramutare l'immobile di mano in mano, e giova aspettare il termine del procedimento e l'ultimo risultato della lizza. Io per altro mi persuado e son fermo nel ritenere, che il deliberatario avrà tutto il diritto di *chiedere la nomina di un terzo sequestratario*, inerendo alla disposizione dell'articolo 2085 del Codice civile. Il quale sequestratario amministrando per chi di ragione, rappresenterà lo stesso deliberatario che possederà con sufficiente efficacia giuridica per mezzo suo (**). Ora siamo alla controversia dei frutti. *Se il primo deliberatario è anche l'ultimo*, se passando attraverso la gara e superando i competitori, si mantiene sempre deliberatario, i frutti, a non dubitarne, sono suoi *sino dal giorno della prima delibera*. Ciò logicamente accade qualunque volta non vi siano altre offerte, altre gare, e non sia possibile altro esperimento d'incanto: e segue da tutto questo che, se il primo deliberatario si carica del pericolo, egli non è privato dei vantaggi della proprietà, compatibilmente colla situazione giuridica, affatto eccezionale, e che non ostante è pienamente conosciuta dagli acquirenti ai pubblici incanti (***).

Articolo 686.

La vendita all'incanto trasferisce nel compratore soltanto i diritti che appartenevano sui beni immobili al debitore spropriato.

(*) Qui taglia perfettamente la nozione dell'*addictio in diem*: « Si quidem hoc actum est *ut melior allata conditione, discedatur*... erit *pura* emptio... ubi igitur secundum quod distinximus, pura venditio est, « Iulianus scribit, hunc cui res addicta est, *et usucapere potest, et fructus et accessiones lucrari, et vicissim ad eum pertinere*, si res interierit » (Leg. 2 Dig. de in diem addict.

(**) Similmente il deliberatario può far garantire l'edifizio dagli incendii, e ricuperare la spesa se non rimane deliberatario.

(***) Ho consultato il commento dell'estimo SCIALOJA dopo avere scritto questo paragrafo. Ora mi conforto anche della sua autorevole opinione (vol. V, part. I, pag. 542). Quanto al rapporto che l'*aumento del sesto* ha colla prima delibera, e quanto alle *rinnovazioni ipotecarie* io debbo discostarmi da alcune delle teorie ivi espresse, attese le nuove disposizioni del nostro regolamento.

Annotazioni.

1. *Varietà dei sistemi.*

Due sistemi furono in presenza. Uno attribuiva efficacia veramente esagerata alla vendita giudiziale. Secondo la Legge del 9 messidoro, anno III, articolo 149, che rappresentava un'opinione che sin allora aveva prevalso nei Parlamenti di Francia, la vendita giudiziale per espropriazione forzata *purgava la immobile da ogni diritto di proprietà, come d'ipoteca.* La Legge dell'11 brumaio, anno VII, adottò il diverso sistema, che ha finito col trionfare in tutte le legislazioni. Il deliberamento trasferisce nel deliberatario *i diritti soltanto che competevano e come competevano al debitore spropriato;* e non è la prima volta che i nostri Codici di procedura proclamano questo principio.

Il nostro sistema è assoluto. La Legge di messidoro poneva un limite di tempo alla rivendicazione dell'immobile: dieci anni. L'articolo 731 del Codice di procedura francese del 1807 professava il principio senza restrizioni pratiche; nelle discussioni fatte alle Camere nel 1841, fu questa una delle più vive, e ne provenne una modificazione poco lodata, e fu questa: che non si potesse mai intentare azione contro l'acquirente giudiziale *per causa di non essere stato pagato il prezzo di vendite anteriori*, eccettochè non se ne fosse inoltrata domanda al tribunale prima della delibera.

L'acquirente all'asta pubblica *è il successore singolare del debitore spropriato*, come qualunque altro compratore del venditore; e con queste parole la sua posizione in faccia ai terzi è sufficientemente definita.

Se chi vanta diritti a rivendicare l'immobile esercita le sue azioni *prima che segua la delibera*, giova a sè e rende un vero servizio a chiunque ha in animo di acquistare; ma non gli può esser imposto nè questo nè altro termine, che non sia nella legge generale, all'esercizio del suo diritto. Condizione grave per certo, non potendo l'acquirente per verun dubbio o sospetto ch'egli abbia di future molestie, ritardare il pagamento del prezzo, ma inevitabile.

2. *Della purgazione ipotecaria.*

Restano i pesi reali dei fondi (*); le ipoteche si trasportano sul prezzo. Non è più dubbio che la *trascrizione* non sia necessaria per chiudere la porta in faccia a qualunque ipoteca in nome dell'antico proprietario. L'articolo 685, capoverso ultimo, ne fa carico al cancelliere; ad ogni modo la esige. Ma finchè la trascrizione non sia effettivamente seguita, scorrendo un termine di comodo di dieci giorni, dopo la pronunzione della sentenza, non potrebbero iscriversi altre ipoteche? E ciò può bene arrivare, e tutte verranno a riposare sul prezzo.

È questa una qualità di *purgazione ipotecaria* che si opera per ministero di legge; è l'effetto del deposito del prezzo, almeno per quanto riguarda le ipoteche apparenti da iscrizione. L'articolo 692 della legge francese sull'esecuzione immobiliare, del 1841, pel quale è ordinata la *citazione dei creditori iscritti*, eccitò non lieve apprensione nel mondo forense. I creditori ipotecarii, osserva il Boitard, avevano sommo interesse per essere notificati dello stato delle cose; ma gli ipotecarii *non iscritti* si trovano bene in una singolare e poco invidiata condizione, rimanendo legalmente estranei a tale cognizione, salvo ciò che potrebbero apprendere dalle pubblicazioni. Se non che dal 1833 in poi, per testimonio del citato autore, si venne fissando una giurisprudenza che ritenne non essere comprese in questa purgazione le ipoteche legali, e la massima fu accettata completamente nella riforma legislativa del 1841.

La notificazione del bando prescritta nel nostro articolo 668 è il vero preliminare della purgazione ipotecaria, che più tardi seguirà per opera della legge, o darà luogo al concorso dei creditori iscritti sul prezzo. Noi non conosciamo fortunatamente le ipoteche tacite. Per gl'iscritti *posteriormente* provvede con saggia cautela lo stesso articolo 668 nel quarto capoverso.

Grave sarebbe certamente al compratore la conseguenza di non essere state praticate le necessarie notificazioni a taluno dei creditori iscritti, che rimanendo tuttavia attaccato alla proprietà, metterebbe in pericolo il suo acquisto.

3. *Della rinnovazione delle iscrizioni ipotecarie.*

Nel corso del processo esecutivo vi è forse un momento nel quale possa dirsi che l'ipoteca non ha più ragione di esistere sull'immobile, trasportandosi sul prezzo? Quale sarà questo momento? Tutti sanno come questa incognita abbia tormentato la giurisprudenza. Troncate

(*) Servitù — usufrutto — dominio diretto.

le esitanze e gl'incerti periodi, il nuovo Codice civile ha fissata una regola che basta accennare. « Nel caso di spropriazione forzata « (cessa l'obbligo della rinnovazione) *colla iscri-* « *zione dell'ipoteca legale nascente dalla ven-* « *dita all'incanto* contro il compratore per il « pagamento del prezzo, a norma dell'articolo 2089 (articolo 2003).

4. *Dell'azione in rivendicazione dopo la delibera.*

Essa si esercita, come ogni altra, contro l'occupatore della cosa di cui abbiamo la proprietà. Alcuni scrittori hanno consigliata la *via dell'opposizione di terzo* (THOMINE, PERSIL), altri l'ha formalmente negata (CHAUVEAU). I primi non concedono neppure l'azione possessoria, l'altro la reputa giusta e necessaria. Io credo che anche l'opposizione di terzo sia ammissibile; non saprei neppure come potesse privarsi dell'azione possessoria il proprietario o altro possessore legittimo spogliato del suo possesso per un funesto e inconcepibile errore materiale, che ha ravvolto, per causa d'esempio, un suo podere fra quelli che legalmente si mandarono all'asta (*V.* la dissertazione del CHAUVEAU alla quest. 2408).

5. *Dell'azione che spetta al deliberatario per la ricupera del prezzo in caso di evizione.*

La dottrina sembra omai risoluta nel senso che il deliberatario non ha una propria e vera azione di garanzia. POTHIER dice: « Cette « vente a cela de moins que les ventes con- « tractuelles, qu'elle *ne donne point à l'adju-* « *dicataire d'action en garantie*, en cas qu'il « souffre éviction de ce qu'on lui a été adjugé ». Quantunque al deliberatario evitto non competa azione di garanzia, equità vuole che *possa ripetere il prezzo che ha pagato* « en totalité, « s'il souffre éviction du total, ou en propor- « tion de la partie dont il souffre éviction ». Quelli che hanno ricevuto il prezzo sono i creditori o pur anche il debitore, se parte di quello è ricaduta in mano sua. VOET (*ad Pand.*, tit. de evict.) insegnò questa dottrina prima di POTHIER; vi aggiunse il peso della sua autorità il TROPLONG (*De la vente*, num. 432), e questi giureconsulti maggiori sono seguiti da molti altri (*). Il PIGEAU, accordando l'azione in garanzia, *contre le saisi et les créanciers*, non si formò un criterio esatto, mentre l'azione in garanzia non si dirige logicamente che contro il venditore; ora qual è il venditore? Non certo i creditori che si giovano della vendita, che anche la promuovono, ma non vendono essi; molto meno vendono la cosa come propria. Non il debitore, che malgrado suo è spogliato; che, se fosse permessa quest'immagine per contrassegnare chi è colpito dalla giustizia, è la vittima. Chi vende è la giustizia stessa, dice TROPLONG: ecco tutto. Abbia dunque il deliberatario evitto la *condictio indebiti*: è quanto può pretendere, dicono gli autori, che non possono dissimularsi la poco allettante condizione di un acquirente giudiziale.

In sostanza non si sa bene su qual base collocare quest'azione d'equità che si attribuisce al compratore giudiziale; e si è chiamata *azione d'indebito*, benchè paragonandola con questa nozione giuridica, si trovi ben vacillante nei suoi estremi (**). Ciò che importa si è, che quelli che vantavano proprietà o diritti reali su quell'immobile, non devono lucrare di ciò, che ad essi non apparteneva, con iattura del compratore. Vero è che i creditori non hanno venduto, che non sono tenuti ad una garanzia, che non hanno promesso, neppure implicitamente, milita però contro di essi, ed a favore del deliberatario, quella stessa ragione per la quale deve restituire il prezzo il venditore che *ha stipulata la esclusione della garanzia* (articolo 1485 del Codice civile).

Ciò in principio, e senz'altro distinguere l'*epoca della evizione*, per rilevare il valore della cosa, *quasi si trattasse di danni e interessi*, che infine è la vera e schietta formola della *garanzia*. Non intendo proprio come gli autori ne vengano disputando, ma un po' di confusione mi sembra entrata in questo campo quasi abbandonato dal legislatore.

Ammessa pertanto un'azione *per la ripetizione del prezzo*, il pagato dal deliberatario sarà la norma della restituzione; se non sarà stato evitto che in parte, ripeterà la parte in proporzione dei pagamenti eseguiti ai singoli creditori. O piuttosto gli ultimi creditori graduati dovranno i primi restituire, ascendendosi di mano in mano agli anteriori se trattasi di creditori ipotecarii.

5. *Se il deliberatario che è stato evitto di*

(*) Concludono per l'azione in garanzia, oltre il PIGEAU, PERSIL padre (tom. II, pag. 217), DELAPORTE (tom. II, pag. 329), FAVARD DE LANGLADE (tom. V, pag. 73, n° 2).

(**) VOET, che ritrae da quella scuola di giureconsulti ai quali fu mirabile pregio la precisione del linguaggio, non accenna ad una *condictio indebiti*, ma ad un principio generale di equità. « Cum iniquum sit illud « (pretium) *sine notabili emptoris culpa*, in lucrum « cedere vel iniquo possessori, vel creditoribus aut « debitori » (*De evict.*, n° 5). Lo stesso compratore *può essere in colpa* e perdere il benefizio, se negligente nell'esaminare i titoli e i documenti, ecc.

una parte dell'immobile possa chiedere la risoluzione della delibera, anzichè la restituzione della parte proporzionale del prezzo.

Il fondamento della risposta affermativa si avrebbe in quel definito del Codice civile, articolo 1492. « Il compratore che ha sofferta « l'evizione di una parte della cosa, e questa « parte è relativamente al tutto di tal entità « che non avrebbe comprato il tutto senza la « parte colpita dall'evizione, può far sciogliere « il contratto di vendita ».

Questo punto di giurisprudenza è ancor meno confermato dell'altro. La dottrina è, si può dire, appena delineata; le opinioni sono incerte. In mezzo a tutto questo havvi una massima che generalmente si riconosce vera, che *le disposizioni del Codice civile sulla compra-vendita volontaria, se hanno quella relazione che può dedursi dal loro valor logico, non sono applicabili come diritto positivo.* Nondimeno il CHAUVEAU, che è pure di questo parere, crede che il deliberatario in quelle emergenze possa chiedere lo scioglimento della compra; diritto che, secondo lui, bisogna tener fermo nell'interesse del commercio, e nella giusta protezione che si deve accordare agli acquisti fatti per asta pubblica (quest. 2410). PERSIL, padre, professò un'altra opinione (tom. II, pag. 219). CARRÉ e FAVARD DE LANGLADE tengono piuttosto la prima. Siamo, come ho detto, sopra un terreno poco battuto, ed è lecito azzardare il proprio avviso. Per la stessa ragione dell'interesse delle aste giudiziali, io mantengo che questo non può essere nello spirito della legge. La risoluzione della delibera per cause estranee al compimento delle formalità, e meramente *soggettive* (in quanto cioè si sarebbe o non si sarebbe acquistato in una data condizione di cose), non si può ammettere. Violenta retrocessione che, in un tempo fors'anche remotissimo, farebbe rinascere le azioni estinte, i diritti definiti respingerebbe, per così dire, nel passato; le ipoteche che più non sono, dovrebbero risorgere: *parce sepultis!* In siffatte evenienze io non posso ammettere che *ciò che è strettamente la conseguenza necessaria* del nuovo stato di cose, quelle riparazioni che sono imperiosamente reclamate dall'equità; e si è costretti a ripetere che l'acquirente all'asta pubblica ha bisogno più che altro compratore di bene informarsi, e di confidare più nei documenti della proprietà, che nelle azioni di rilievo.

Articolo 687.

Le locazioni fatte dal proprietario precedente sono efficaci anche contro i nuovi proprietarii, purchè abbiano data certa anteriore alla notificazione del precetto, senza pregiudizio di ogni diritto che il locatore si fosse riservato per il caso di alienazione.

La locazione non è mantenuta se sia stata fatta in frode. La frode si presume se il fitto sia inferiore di un terzo a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti.

Il pagamento dei fitti e dei canoni anticipati, non si può opporre al compratore, salvo che sia fatto in conformità della consuetudine locale.

Annotazioni.

1. Precedenti storici. Il creditore, messo in possesso dei beni del debitore per autorità del giudice, doveva vendere i frutti o locare il fondo se già il proprietario non lo avesse fatto. « Nam si jam a debitore vel locatus erat vel « venierat, *servabit pretor venditionem et locationem a debitore factam et si minoris « distractum est vel locatum*, nisi in fraudem « creditorum hoc fiat » (Leg. 8 Dig. de bonis auct. jud. poss.). Il diverso principio che dominava nelle vendite volontarie, aveva fondamento *nella teoria dei rapporti personali* prodotti dalle obbligazioni; laonde il compratore, che non aveva stipulato che col proprietario, non avrebbe potuto astringersi a riconoscere l'affittanza fuorchè esistendo una di queste condizioni: o che *ea lege emisset*, avesse accettato quello stato di cose come forma del contratto; o il conduttore avesse acquistato o per ipoteca o per altro modo, un diritto reale sul fondo (Leg. 2, 5 §§ 1, 32 Dig. loc. cond.; Leg. 9 Cod. de loc. et cond.) (*). Il venditore,

(*) La seconda condizione fu un portato della giurisprudenza posteriore.

in pena della sua negligenza o mala fede, doveva sopportare tutte le conseguenze del danno verso il conduttore; e così nel concetto dei giureconsulti si equilibravano i diritti. Ma ove si trattasse di *vendita forzata o necessaria*, quantunque i rapporti giuridici fra il compratore e l'affittuario non fossero meno estranei, si trovò che sarebbe impossibile di caricare sulla testa del proprietario lo stesso peso: del proprietario non volente, ma suo malgrado e per una forza ch'egli stesso doveva subire, spogliato del fondo. Allora per non poter fare di meglio, convenne dire: *pretor servabit locationem*. Vera ferita al *principio dell'azione personale*, prodotta dalla legge delle necessità.

Il canone nascente dalla Leg. 9 Cod. de loc. et cond. ebbe lunghissimo regno, e giunse sino alla soglia dell'articolo 1743 del Codice napol. che, rovesciando la medaglia, dettò in questo modo: « Se il proprietario vende la cosa locata, « il *compratore non può espellere l'affittuario o « l'inquilino*, il quale abbia una scrittura di lo- « cazione autentica o di data certa, purchè il « proprietario stesso non siasi riservato un tale « diritto nel contratto di vendita ».

In Piemonte le RR. Costituzioni avevano serbato il deposito dell'antica dottrina quanto alle vendite volontarie; quanto alle aggiudicazioni, alcuna modificazione portarono alla tradizione romana: si rispettassero *gli affittamenti durevoli per tre anni*, purchè non fatti in frode, salvo all'aggiudicatario la facoltà di riconoscere o no gli affitti per un tempo maggiore (Lib. III, Tit. XXXII).

Il Regio Editto 19 ottobre 1819, rispetto alle locazioni volontarie, stanziò che non potesse l'alienazione risolverle per se stessa ove non fosse la risoluzione preveduta nel contratto; e rispetto alla vendita forzata, impose che si dovessero rispettare le locazioni per qualunque tempo, *purchè fatte per mezzo di pubblici incanti*. Qualche modificazione aggiunse il Regio Editto del 1822, (articolo 123), specialmente per caso di frode e di fitti anticipati. Poi venne l'articolo 1750 del Codice civile, che si appropriò la disposizione relativa del Codice Napoleone.

A fianco della legge del Codice civile che riassumeva il pensiero moderno intorno a questa combinazione, restava quella che disponeva dell'alienazione forzata; fondata sullo strano concetto *di locazioni eseguite per pubblici incanti*, e che non s'ispirava a veruna tradizione, e non aveva realtà pratica, quando il Codice portò la luce del suo articolo 1750. Fu anche udita la voce eloquente di un magistrato che sostenne, lo stesso principio razionale doversi estendere alle vendite forzate. Il che fu indarno; ma fa onore a quel giureconsulto l'avere preconizzato per forza di ragione ciò che più tardi si vide convertito in legge mediante l'articolo 817 del Codice di proc. del 1854 (*). (*Commentario al Codice sardo*, 1850, Vol. V, part. I, pag. 552).

La disposizione passò nell'articolo 844 del Codice seguente; ed ora è riprodotta nel nostro col corredo di una lunga esperienza.

2. *Data certa.*

La teoria moderna pone che il proprietario che ha già venduto i redditi della casa (i frutti per un certo tempo, o l'uso e il diritto di goderne) non possa più disporre che di ciò che gli rimane; non s'interessa se il conduttore abbia un'azione *personale* o *reale* da spiegare contro il successore del proprietario per resistere alla invasione del compratore e far rispettare il suo contratto. In questo aspetto la teoria è molto più razionale dell'antica. Il conduttore ha causa dal proprietario e ritiene per effetto del diritto che gli ha trasmesso; e quanti si evitino ingiustizie ed inconvenienti non è chi non vegga. Certamente l'affittanza dovrà essere annunciata nei bandi; ma se non si facesse, il conduttore non cadrebbe dal suo diritto, bensì il deliberatario si rivolgerebbe pei danni e interessi *contro il creditore procedente* che aveva l'obbligo di enunciare le condizioni del fondo.

Ma prudentemente si richiede *la data certa anteriore alla notificazione del precetto;* o risulti da atto autentico o da registrazione, o ricognizione giudiziale della scrittura. *Data certa* intendiamo *data legale;* niun mezzo può supplirvi.

3. *Delle locazioni in frode.*

È uno di quei periodi sospetti che la legge veglia attentamente. *La certezza della data* è già il primo riscontro della verità. Fuori di questa non si dirà che la locazione è fatta in frode: si dirà che non esiste. Ma la data certa non basta; tutte le convenzioni fraudolenti si rifugiano per prima cosa sotto la protezione di una formalità estrinseca. In due modi principalmente si esercita la frode delle locazioni. Sul corrispettivo dei frutti; sul tempo. La legge nuova, sgombrando le vecchie incertezze, in-

(*) Quel magistrato che nomino a causa d'onore fu l'sig. BUSSOLINO, ora avvocato generale alla Corte suprema sedente in Torino (causa De Benedetti - Deveoli, BETTINI, 1852, part. I, pag. 202 e seg.

finite per chi si regolava secondo la giurisprudenza del diritto comune, si avanza sull'uno e sull'altro campo, e vi pianta, a così dire i suoi termini. Un corrispettivo, *inferiore di un terzo al reddito reale*, o *alle locazioni precedenti* fa *presumere* la frode. Ma non è ancora la frode; si può provare il motivo onesto della diminuzione. I proprietarii, nel presentimento di perdere il fondo, sogliono fingere *anticipazioni di fitti*, ed è qui dove la legge spiega tutto il rigore. A fronte del quale si può dire che la frode è rimasta senza interesse.

Articolo 688.

I frutti repniati immobili si vendono secondo le norme stabilite nel capo VI del titolo precedente. Il prezzo è depositato nella cassa dei depositi giudiziali per essere distribuito nel giudizio di graduazione.

Annotazioni.

I frutti civili sono immobilizzati al pari dei frutti naturali *dalla data della soscrizione del precetto*, come si disse a suo luogo. Così la immobilizzazione in seguito della trascrizione *si opera di diritto*, e siccome poi la vendita di quelli, se trattasi di frutti naturali, si eseguisce colle norme dei beni mobili, non si denunciano nei bandi, molto meno si riportano in qualche processo verbale separato come usano i Francesi che mantengono il sistema *del pignoramento* (MALEVILLE all'articolo 520 del Codice civile francese). Pertanto i frutti che maturano, o si staccano dal suolo dopo quel tempo, formano un capitale separato dall'immobile, comunque si chiami immobilizzato, il che non vuol dir altro fuorchè i frutti seguono il destino dell'immobile, *quanto allo scopo della loro realizzazione*, e quindi sono sottratti alla fruizione del proprietario. Ciò non impedisce che il modo della vendita non debba esser conforme alla loro natura. Il processo esecutivo per questi adunque cammina distinto e con tutte le regole delle cose mobili. Possono vendersi di tratto in tratto, o in una sol volta, facendone deposito a senno e volontà del giudice. Il giudice sarà sempre il *tribunale civile* investito com'è della causa principale a cui questa accede.

Questo corso di frutti continua a favore dei creditori fino all'aggiudicazione o delibera, secondo le norme che abbiamo divisate discorrendo dell'articolo 686, e il loro prezzo accresce a quello dell'immobile e de' suoi accessorii.

§ 3.

Della rivendita.

Articolo 689.

Quando il compratore non adempia gli obblighi della vendita, qualunque creditore, conformandosi alle disposizioni dell'articolo 665, può chiedere con citazione del compratore in via sommaria che i beni siano rivenduti a spese e rischio di lui.

Ordinata dal tribunale la rivendita, e stabilita l'udienza per la medesima, il cancelliere forma un nuovo bando in conformità dell'articolo 667, il quale deve inoltre contenere l'indicazione del nome, cognome, e domicilio del compratore, e del prezzo della vendita precedente.

Annotazioni.

1. Questa legge è generale; non parla nè di primo nè di secondo deliberatario; ma qualunque *non adempie agli obblighi della vendita* vede ripetersi l'incauto a proprio scorno e danno gravissimo. Nondimeno è chiaro, non essere in questa sanzione compresi che i veri deliberatarii, quelli che furono proclamati nell'asta pubblica, non l'*incaritore del sesto*, che

non è già un deliberatario, come si avvertì trattando dell'articolo 683, e contro il quale quell'articolo è propriamente scritto.

2. *Del compratore che non adempie gli obblighi della vendita.*

Torniamo un po' indietro. Era scritto nell'articolo 819 del Codice di procedura del 1850: « Il dominio non è acquistato irrevocabilmente « al deliberatario se non dopo il pagamento « del prezzo..... Finchè il dominio non è acqui- « stato irrevocabilmente al deliberatario, nes- « suno dei di lui creditori potrà promuovere « la subasta del fondo.

Se il pagamento del prezzo della vendita giudiziale debba considerarsi quale *una condizione sospensiva*, come sostenne argutamente TROPLONG, o *risolutiva* come la maggior parte degli altri giuristi afferma, è una questione che come ha detto benissimo SCIALOJA, non ha troppa importanza pratica se non sotto l'aspetto di sapere *cui appartenga il pericolo della cosa:* pericolo che noi provammo ricadere a carico del deliberatario eziandio di primo grado (*V.* ANNOTAZIONI all'articolo 685): poichè in lui, pure ad altri effetti, passa il dominio *sebbene revocabile* fino al pagamento del prezzo.

Dato il dominio *ma revocabile* ne segue che non si opera effettivamente confusione dei diritti reali che il deliberatario ha sul fondo; confusione che, io aggiungo, non può mai nascere. Se il prezzo non è pagato, il suo dominio si risolve a *tutti gli effetti*. Se è pagato, i diritti reali, che non affettino la sostanza della proprietà come un diritto di servitù, le azioni ipotecarie, voglio dire, trapassano sul prezzo, e il deliberatario, che sia anche *creditore ipotecario* è nello stesso tempo *proprietario del fondo* e creditore sul *prezzo* che ha pagato. (*V.* SCIALOJA, *Commentario*, pag. 540, n. 1075).

Vi sono delle altre condizioni, oltre il pagamento del prezzo, che non adempite portino al reincanto? Obbligazioni della compra saranno quelle *capitolate* nell'editto di vendita e quindi dal contraente accettate; il pagamento degli interessi se gli è stato consegnato il fondo che di natura è fruttifero. Simili obbligazioni però dovranno essere di una certa gravità ed importanza per dar luogo, non adempite, al reincanto; altrimenti sarebbe più giusto costringere personalmente il compratore ad adempierle.

3. *Se il compratore possa difendersi dalla rivendita allegando il pericolo di molestie o di prossima e temuta evizione.*

Trovo qualche esempio nella giurisprudenza (BETTINI, 1856, part. II, pag. 893) per applicazione del principio notissimo che regola le vendite volontarie, presso noi enunciato nell'articolo 1510 del Codice civile. Io mi permetto di opporre, che in materia di vendita al pubblico incanto, questa regola non può così letteralmente applicarsi. Ciò produrrebbe sinistri effetti. Il deliberatario dove tenere il prezzo a disposizione del tribunale, questo è il suo dovere. Niun pericolo può temere dal lato delle ipoteche antiche o nuove che spariscono dal fondo e vanno sul prezzo; ma due cause potissime può avere onde mettersi al coperto da altri pericoli. Se per es. scopre affezioni fondiarie non manifestate come servitù e pesi reali, come usufrutti. In simili casi, se il prezzo non è ancora distribuito, io non dubito che il deliberatario non abbia diritto a farsi restituire, coll'azione *quanti minoris*, quella parte che corrisponde all'onere occultato; consumato il prezzo non potrà esercitarsi che un'azione d'indennità contro il creditore procedente, tenuto a mettere in chiaro le cose. *Si evictio imminet*, se può provare il pericolo che lo minaccia, il compratore, depositando il prezzo, potrà chiedere che gli siano apposti dei vincoli, che si prestino cauzioni qualora si voglia ciò nonostante procedere alla graduatoria.

4. *Prima che segua la rivendita e ne risulti per differenza di prezzo un debito personale del deliberatario decaduto, non si può agire contro di lui.*

Poichè fu sentenza e del CARRÉ e del DELAPORTE e del CHAUVEAU e di altri, che i creditori potessero qua e là ferire con azioni personali il deliberatario, giova dichiarare che per noi si professa l'opinione contraria col LACHAIZE, col THOMINE, e coll'autore di questa parte del *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 556. La legge segna e prescrive la via da seguire; nessun'altra può sostituirsi a questa non essendo l'esercizio di altra azione compatibile con essa. È l'argomento decisivo. Come ragionamento, il deliberatario non pagando non fa che abbandonare il fondo ed esporlo ad un nuovo incanto; se l'incanto riesce vantaggioso ai creditori, tanto meglio; se perdente, è allora, ma solo allora, che nasce una azione personale d'indennità che è la conseguenza della sua colpa.

5. *Se solamente i creditori* ISCRITTI *possano fare la istanza per la rivendita.*

La legge francese non volle spiegarsi. L'articolo 737 del Codice di procedura del 1807 si fermò a dire: *che lo stabile sarebbe rivenduto a rischio e pericolo del deliberatario.* Dibattendosi la riforma del 1841, si propose una nuova redazione di quell'articolo. Una di queste proposte leggeva così: *faute par un adjudicataire*

de remplir les charges et conditions de son adjudication le bien pourra être revendu a sa folle enchête = à la diligence du poursuivant ou de tout autre intéressé = PASCALIS era fra quelli che sostenevano questa dizione. Il relatore della Commissione richiamò l'attenzione della Camera; disse che la cosa era grave; che conveniva sciogliere il dubbio; che la espressione — *qualunque altro interessato* — era pericolosa, suscitando per certa la idea che ogni creditore, *eziandio chirografario*, potesse valersi di quest'azione, il che era evidentemente troppo, e contrario « à tous les principes reçus en ma« tière de poursuivite ». Ma non se ne fece nulla e fu mantenuta la redazione antica, colla sua locuzione impersonale. Quindi il sì è il no degl'interpreti, e il CHAUVEAU, stando in mezzo, pronunciò queste sagge parole: « Ce sera donc « aux tribunaux à apprécier la position du de« mandeur en folle enchère. Le but commun « c'est le paiement par toutes les voies légales. « La folle enchère est un des moyens les plus « efficaces. *Nous perchierions à étendre plutôt « qu'a restreindre le cercle des intéressés* » (articolo 733, quest. 2426 ter).

Neppure il nostro legislatore fu scosso dal rumore, forse un po' troppo lontano, di quelle discussioni per aggiungere la parola *iscritto* a quella di creditore. Anzi la nuova dizione è più estensiva di quelle che si lessero nei due Codici anteriori del 1854 e del 1859: nell'uno e nell'altro (articoli 805 e 832) il *tribunale ad istanza di* UNO DEI CREDITORI, ecc. e non pareva riferirsi che ai creditori iscritti. Con tutto ciò è egli possibile che si possa aprire una via di azione comune a tutti i creditori, se fossero semplicemente chirografarii e non iscritti? Il BOITARD negando egli pure tanta estensione fa questa bella osservazione: « Envers qui l'adju« dicataire est il tenu de l'obligation d'exécu« ter les clauses de cahier des charges? *Envers « les personnes liées a la poursuivite*, c'est-à« dire envers le saisie, le poursuivant, et les « *créanciers inscrits* ». Ed essi soli possono della inesecuzione querelarsi (*Leçon de procédure*, all'articolo 733). È questa pure l'opinione dell'illustre SCIALOJA (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 557).

E non può esser altra. Gli attori del dramma sono appunto quelli divisati dal BOITARD. Strettissima analogia presenta il disposto dell'articolo 575. Solo chi ha diritto di esigere il debito (*petere debitum*) ha l'azione. Questo concetto del BOITARD è profondamente vero, è la miglior soluzione che possa darsi. Vero è che anche i creditori, non ipotecarii, possono concorrere per via di sequestro sul prezzo ove sopravanzasse agl'ipotecarii, ma altro è avere questa facoltà, ed altro è aver l'azione per chiedere la rivendita all'asta del fondo: perciò si richiede l'*azione reale*.

6. *Dopo quale intervallo o con quale documentazione si promuove la istanza della rivendita?*

Secondo la pratica usata in Francia, il cancelliere rilascia un certificato comprovante che l'aggiudicatario non ha giustificato l'adempimento delle condizioni della vendita. Presso a poco ciò era osservato in Piemonte; si ebbe poi un regolamento anche più preciso nella procedura del 1859, articoli 832, 833, 834. La istanza poteva farsi anche *prima della spedizione dell'atto di deliberamento;* e se la copia della sentenza relativa era stata rilasciata, dovevano aspettarsi *cinque giorni dalla notificazione al deliberatario delle note di collocazione a mente degli articoli* 859 *e* 861, *con comando di pagare*. Si veniva dunque inoltrando il giudizio di graduazione; disciplina che avrà avuto il suo motivo che io non voglio indagare. La sollecitudine del Codice del 1859 è compensata dalla taciturnità del nostro.

Ora ci sia permesso di credere che il silenzio della procedura vale un implicito richiamo delle norme analoghe del diritto civile.

La rivendita a spesa e rischio è una giusta ma grave penalità. La legge attuale non prefigge al deliberatario un termine per adempire alle sue obbligazioni; ma vedremo nel prossimo articolo 691 che gli resta tempo fino alla proposizione dell'incanto. Il più sano modo di agire, secondo me, è di fare assegnare un termine, breve quanto vuolsi, a giustificare l'adempimento delle condizioni della vendita dopo il quale potersi procedere al nuovo incanto. Ciò starebbe ottimamente in relazione coll'articolo 1213 del Codice civile e coi principii generali di ragione. L'ulteriore comodità che la legge impartisce al deliberatario moroso per l'articolo 691 non è una obbiezione ma favorisce la tesi. La legge si mostra ispirata alla maggior moderazione, proclive ad evitare una risoluzione quasi violenta. Ma la stessa minaccia e la ripubblicazione della subasta è per più rapporti cosa grave e molesta. Se il termine a purgare la mora non è chiesto può, anzi deve, io credo, accordarlo il giudice. Restando ancora in difetto, il deliberatario non è privato del beneficio che ha dall'articolo 691, ma intanto egli subisce, direi così, la prima pena, il rinnovamento degli atti e le spese che ne conseguono.

Digitized by Google

Articolo 690.

Il bando è notificato al compratore, al debitore, e ai creditori iscritti, pubblicato, affisso, e inserito nel giornale, e depositato a norma dell'articolo 668, quindici giorni almeno prima del nuovo incanto. Quando il compratore abbia cessato di possedere l'immobile, non è necessaria alcuna notificazione al nuovo possessore.

Articolo 691.

Quando il compratore, prima del nuovo incanto, giustifichi d'aver adempiuto le condizioni della vendita e depositato nella cancelleria la somma stabilita dal tribunale per le spese occorse in dipendenza dell'istanza per la rivendita, questa non avrà luogo.

Annotazioni.

V. le ANNOTAZIONI dell'articolo 689.

Prima dell'incanto. L'incanto è aperto *colla lettura del bando* (articolo 674).

L'incanto può essere sospeso da qualche domanda incidentale intesa a provare che furono adempite le condizioni, contro la istanza che pretende la rivendita.

Non si potrebbe però in difesa allegare adempimento parziale.

Articolo 692.

Nel nuovo incanto si osservano le disposizioni del paragrafo precedente per quanto riguarda la forma di procedere, la dichiarazione del compratore, e l'aumento del sesto.

Annotazioni.

V. le ANNOTAZIONI all'articolo 694.

Articolo 693.

Le spese fatte per la vendita, eccetto quelle pella spedizione della relativa sentenza, trascrizione e tassa di registro, sono rimborsate a chi di ragione dal precedente compratore, il quale è pure obbligato di pagare la differenza in meno tra il prezzo della vendita e quello della rivendita, cogli interessi, ai creditori secondo il loro ordine, e, questi soddisfatti, al debitore.

Se vi sia differenza in più, l'eccedenza profitta al compratore precedente, e ai creditori di lui, dopo che sarà pagato il prezzo della prima vendita coi relativi interessi.

Annotazioni.

1. Malgrado la sua posizione disordinata in faccia ai creditori, il deliberatario ha rivestita qualità di proprietario, dal quale fondamento si desume che gli atti di amministrazione che avesse eseguiti, senza mala fede, sarebbero rispettati. Tanto più che questo stato di cose potrebbe prolungarsi per assai tempo, come ne ammonisce l'articolo che segue. La giurisprudenza quindi determina che gli affitti per esempio che avesse statuiti, generalmente sono validi (TROPLONG, v° *Louage*, tom. I, n° 100; DOUVERGIER, v° *Louage*, tom. I, n° 84; ZACHARIÆ, tom. III, n° 369; Cassazione francese 11 aprile 1821 e 21 gennaio 1827; Corte di Parigi 25 gennaio 1835 e 22 maggio 1847, ecc.). Le spese d'amministrazione necessarie o utili sono rimborsate.

2. *Spese fatte per la vendita.*

Nei due Codici sardi del 1854 e del 1859 (articolo 810 e articolo 837) fu adoperata diversa espressione, e si disse: *le spese fatte per la* SECONDA *vendita.....saranno rimborsate ecc.*

Quali fossero le spese che ragionevolmente dovesse pagare il deliberatario in difetto, si disputa dai giuristi in Francia, dove manca un testo di legge; ma pare siasi trovato più giusto imporgli le spese *della vendita anteriore*. Lasciamoli nella loro opinione. Ora l'addietto *seconda* è sparito, e noi troviamo puramente — *vendita*, e così siamo noi stessi condotti nel dubbio che travaglia la giurisprudenza francese per mancanza d'una legge. Io sono di parere che, nonostante la riflessibile riforma portata dalla nuova redazione, s'intenda sempre di parlare *delle spese della rivendita*, mentre se si trattasse dell'incanto passato, si parlerebbe *non di rimborso che il precedente compratore dovesse farne*, ritenendosi ch'egli stesso le abbia fatte anticipandone il deposito (articolo 672), ma se o no dovessero a lui essere rimborsate e restituite. Il supposto poi della restituzione non avrebbe base logica, mentre se l'atto di delibera si annulla rispetto all'acquisto del deliberatario, mantiene ancora degli effetti giuridici molto rilevanti, quale si è quello dell'obbligo d'integrare ai creditori il prezzo della rivendita se riuscisse mancante. Bisogna di forza inferirne che si tratta delle *spese della rivendita*, facendosi ragione degli effetti penali causati dall'inadempimento i quali cadono soltanto sulle *operazioni posteriori;* su quelle operazioni che non sarebbero occorse, rispondendo il deliberatario al proprio dovere.

A questa interpretazione è conforto quella limitazione scritta nel testo — *eccetto quelle per la spedizione ecc.* che rivela trattarsi delle nuove spese e non delle passate; rapporto alle quali dovrebbe farsi un altro discorso. Se le spese di spedizione, trascrizione, ecc., relative *alla prima vendita* furono già consumate, benchè inutilmente, a corredare quell'acquisto che poi è caduto in nulla, indarno il vecchio deliberatario chiederebbe d'esserne rifuso. Se invece non furono fatte, non solo egli non dovrà più farle, ma avendone fatto deposito presso il cancelliere (articolo 672) gli saranno restituite.

Un altro punto su queste benedette spese resta a dissolversi. Supposto che la *rivendita* sia fruttifera ai creditori di maggior prezzo, in guisa che ne abbiano guadagno anche oltre le spese che costarono i nuovi atti, non sarà equo il mandarne assolto il compratore caduto? Non sarebbe nella volontà implicita, nello spirito della legge? Ma vi ha di più; e qui prendiamo fiato per osservare un radicale mutamento della moderna legislazione.

3. *L'eccedenza del prezzo profitta al primo deliberatario.*

Il contrario era scritto nell'articolo 744 del Codice francese del 1807. Nella riforma del 1841 non si fece neppure oggetto di serio dubbio se si dovesse cangiare quella legislazione a favore del deliberatario moroso; l'occhio severo del legislatore non vedeva in lui che l'aggiotatore temerario, immeritevole di qualsivoglia riguardo. Laonde l'articolo 740 secondo la legge del 1841 non fu diverso « *...sans pouvoir reclamer l'excédent s'il n'y a*, cet excédent sera payé aux créanciers, et si les créanciers sont disintéressés, a la partie saisie ». Lo stesso leggesi nell'articolo 828 del Codice di procedura di Napoli, e nell'articolo 810 del Codice sardo del 1854 colla sola modificazione che, data l'eccedenza, l'antico deliberatario sarebbe compensato delle spese che doveva rifondere. Il legislatore sardo del 1859, al quale si deve la riforma, dettò il suo articolo 837, che ha avuto nel presente 693, l'onore di una piena conferma.

La prisca legge, sdegnosa più di quello che sia lecito di esserlo ad una legge penale, oltrepassò il segno della punizione che a termini di giustizia, stava in questo, che l'imprudente deliberatario dovesse rispondere di tutte le conseguenze della sua mancanza. Causa del danno, egli dovea risarcirlo fino all'ultimo: siamo d'accordo: ma in questo giuoco rischioso perchè non vi doveva mai essere una combinazione utile per lui? Questa legge ha rimesso l'equilibrio, e ha reso possibile il discorso della logica. L'immobile era già acquistato al pubblico compratore; non pagando, egli non ha fatto che abbandonarlo ai creditori onde con esso si soddisfacciano del credito, mediante una rivendita. Da questo punto di vista è facile scorgere, che se vi ha sopravanzo, deve ritornare al proprietario che ha ceduto il fondo, una volta che ha liberato il debito.

L'eccedenza profitta al *compratore precedente e ai creditori di lui*, dice il testo; e con ciò ne avverte che i *creditori ipotecarii* dello stesso compratore (ai quali principalmente si accenna) hanno potuto acquistare sull'immobile diritto reale che, non essendo sopra di esso esercibile perchè si è dovuto rivendere, trapassano sul prezzo e su quelle somme che parzialmente lo rappresentano. Effetto giuridico di spiccata novità egli è questo, ove nessuna procedura serve di guida, ed è quasi un tipo isolato negli ordini stessi del diritto. Io sono in questa opinione, che i creditori ipotecarii, se ve ne hanno, debbano esser cauti di fare opposizione sul prezzo, procedendo alla forma del sequestro, nel qual caso la somma eccedente sarà depositata e se ne farà una graduatoria,

come in ogni altro caso d'immobile venduto all'asta. In difetto di tale opposizione non crederei che il creditore procedente fosse obbligato di fare indagini per sapere se ci sono creditori; e pagandosi l'eccedenza del prezzo al *precedente compratore*, avviso siasi agito regolarmente.

5. *Di quella parte di prezzo che rappresenta i miglioramenti fatti dal compratore decaduto.*

Ho già avvertito che quello stato di cose avrebbe potuto durare; il compratore ha per avventura fatto dei miglioramenti sul fondo che ne hanno aumentato notabilmente il valore. Non fu tanto severa la legislazione francese, che non fosse anche sentita l'equità che in questo caso perorava a favore di lui. Il DALLOZ (*Rec. pér.*, t. II, pag. 215) ci porge esempio di un giudicato della Corte di Parigi che dichiarò doversi ritenere il caso in dominio della legge comune, e non esservi ragione perchè non dovesse computarsi tale valore a vantaggio del caduto proprietario che aveva speso così utilmente sul fondo.

La difficoltà pratica che si presentava nel distinguere in quale relazione il valore del migliorato venisse a trovarsi col prezzo del nuovo incanto, onde sulla eccedenza fare una detrazione a favore del precedente deliberatario, una tale difficoltà può dirsi sparita nella bontà del presente sistema. Se il prezzo non eccede i diritti dei creditori, nulla è del calcolare la differenza e quanto importi il migliorato, imperocchè tutto il prezzo occorre a soddisfare il debito, e il compratore ne ricevo compenso nel tanto meno che deve rifondere. E se il prezzo ecceda? Versandosi il più a vantaggio dello stesso precedente acquisitore, e dovendosi ritenere che l'altezza del prezzo sia pure conseguenza dei miglioramenti fatti sul fondo, anche in questa più felice combinazione il compenso si ha, per così dire, implicito nel risultato.

6. *Se il deliberatario decaduto abbia a ritenersi risponsabile del prezzo non pagato dal nuovo acquirente.*

Ecco una questione considerata fra le più difficili, e io domando senza di non crederla tale. Tenterò di farmi intendere senza molte parole.

Ci fa sapere il CHAUVEAU, che incaricato nel 1835 di difendere l'ex-deliberatario, malgrado fosse favorito dalle conclusioni del celebre Nicod, avvocato generale alla Cassazione, dovette soccombere. La Corte suprema sentenziò che il precedente deliberatario si manteneva risponsabile sino al pagamento del prezzo, e garante del nuovo deliberatario, poco importando se il prezzo era nominalmente maggiore, ove poi non fosse pagato (Cassazione 14 febbraio 1835, *Journ. Av.*, t. XLVIII, pag. 188).

Può vedersi nella questione 2132 quinq. il lungo e, mi si permetta il dirlo, un poco appassionato discorso di CHAUVEAU. Egli si trova quasi solo a combattere, oltre la giurisprudenza della Cassazione, PERSIL, ROGRON ed altri. I suoi argomenti non mi sembrano di gran forza. Egli si fonda principalmente nel testo della legge, che non obbliga il primo deliberatario *che a pagare la differenza del prezzo.* Onde inferisce che quando la nuova offerta è riuscita pari o superiore alla sua, deve ritenersi liberato. Fa molto assegnamento sul dire che il precedente deliberatario non si considera affatto come un proprietario che rivende il bene che non ha potuto pagare: egli è semplicemente tenuto ai danni-interessi a cui la legge stessa ha posto il limite. Se mal non mi appongo, questo è tutto il ragionamento dell'illustre autore.

La Corte di cassazione proferì parole che io ripeto, sembrandomi contenere la ragione di questa che io credo giusta severità della legge: « Si la position d'un tel enchérisseur ne doit « pas être aggravée par la témérité d'un se- « cond, il est également visible que le fait de « celui-ci ne saurait améliorer la position du « premier, jusque au point de l'exonerer com- « plétement des suites de sa propre témérité, « ce qui dans le cas d'insolvibilité du second « acquéreur priverait les créanciers des droits « que déjà, par le seul fait du premier adju- « dicataire, ils avaient acquis contre lui (*) ».

Che mai ha voluto la legge obbligando il primo deliberatario a pagare la differenza fra prezzo e prezzo, se non tenerlo risponsabile del danno, di tutto il danno che dal fatto suo vanno a risentire il debitore spropriato e i suoi creditori? È una mera illusione il dire che basta siasi presentata un'offerta pari o maggiore della prima, perchè quel disgraziato deliberatario si ritenga aver soddisfatto il suo debito! È questa una condizione di cose creata da lui, alla quale deve riparare. Nulla di più facile, e la legge deve averlo ben preveduto, che si trovi da lui un prestanome, un delibe-

(*) Questa pure sembra l'opinione del DALLOZ, *Répertoire*, v° *Vente publique d'immeuble*, n° 1929, e dell'autore di questa parte del *Commentario sardo*, tom. V, part. I, pag. 563.

ratario di comodo che, offrendo un prezzo senza pagarlo, lo esoneri dal grave carico.

Io sono convinto che la dottrina della Cassazione è giusta. Per la nostra legge sarebbe anche caduto l'argomento di CHAUVEAU; poichè restituendosi al primo deliberatario l'eccedenza del prezzo, viene a considerarsi come rivenditore della cosa propria. Ma questa considerazione, per me, è secondaria.

Alla conclusione. Se in tale stato di cose il primo deliberatario è costretto a pagare l'intero prezzo che il secondo non ha pagato, non sarà a lui che deve aggiudicarsi il fondo? Non sarà egli restituito all'acquisto dello stabile? Se gli autori avessero preveduto questo naturale e necessario ritorno alla sua condizione d'acquirente, avrebbero meno indietreggiato sulla conseguenza, in vista enorme, d'una teoria che risponde alle più semplici esigenze della giustizia.

Quanti movimenti, quanti disordini si eviterebbero, se ogni offerente all'asta pubblica dovesse depositare il valore della propria offerta, non avendosi fede in lui che degli aumenti che venissero a risultare!

Articolo 694.

Decorsi tre anni dalla vendita, non si può far luogo a nuovo incanto per l'inadempimento delle condizioni della medesima, se non con tutte le formalità stabilite per il giudizio di spropriazione contro il debitore.

Annotazioni.

1. Fra il procedimento indicato nell'articolo 692 e quello inaugurato dal presente articolo, qual è la differenza?

L'articolo 689 nel capoverso determina il primo atto della nuova procedura esecutiva: la *formazione di un nuovo bando* da notificarsi, ecc. La base di questo incanto è fornita dal *prezzo della vendita precedente:* elemento nuovo, ma che denota ad un tempo la relazione dell'attuale processo col precedente del quale è una continuazione. Tutta quella parte della procedura che concerne le formalità e il corso degl'incanti si rinnova. *Dichiarazione del compratore* non può esser altra che quella dell'articolo 676. Senza esitanza si può dire che dall'articolo 669 al 682 inclusive, tutti si osservano, eccettuato l'articolo 675 nella parte in cui rimanda a norme di prezzo che ora non han luogo, o suppone dati di stima e ribassi che non possono più eseguirsi. Si sente qualche dubbio intorno all'articolo 685; pare che ci sia della ripienezza e della obesità, mi valgo di questa frase espressiva, in quelle pratiche e in quei rigori che si vogliono usati contro l'incaritore del sesto che non sollecita quell'incanto ulteriore in cui si cimenta l'aumento medesimo; ma si finirà col dover convenire che anche quell'articolo vuol essere applicato, e perchè è il complemento dell'istituto dell'aumento del sesto, secondo il nostro sistema, e perchè dalla lettera stessa dell'articolo 692 si desume. Similmente gli altri disposti del § 2 ricevono congrua applicazione.

Dopo tre anni dal deliberamento, dopo tre anni di tolleranza o anco di espressa adesione, essendosi, per esempio, adattati i creditori ad esigere gli interessi sotto speranza di riscuotere il capitale del prezzo (*), la posizione del compratore, nonostante la permanente sua mora, si è in certo modo consolidata. Non cangiando la incerta condizione della *proprietà*, com'è di tutti coloro che sono esposti a pagare debiti scaduti sul fondo, il tempo ha fatta la sua opera *sotto il rapporto del possesso;* ha disgregato le varie parti del procedimento esecutivo, che ha quindi bisogno di essere ricostituito dal suo principio; ha posto in faccia al pubblico il compratore nella condizione comune agli altri possessori di stabili, *jure dominii.* Vi è dunque qualche cosa di più d'una semplice ragione di metodo; quando si domandi a contemplazione di chi, se del debitore o dei creditori, si è ordinata l'ampiezza della procedura di spropriazione secondo lo stile ordinario e comune, la risposta è, in favore dello stesso debitore; che non deve più essere assalito ad armi così corte, se mi si passa la espressione; che devo godere di tutto lo svi-

(*) L'ingerenza del congresso dei creditori ha gran parte nell'ordinamento esecutivo portato dal Codice giudiziario austriaco; e io penso che se quell'elemento si fosse tenuto in conto anche nel nostro, e opportunamente adoperato, non poche difficoltà e scabrosità avrebbero potuto attenuarsi. Notevole è specialmente il § 140, esteso anche alle licitazioni giudiziarie, nel quale è data facoltà al congresso dei creditori di ordinare fra loro quali condizioni di tempo e comodi di modi si vogliano offrire agli acquirenti, le quali poi si enunciano nei pubblici editti.

Digitized by Google

luppo della procedura esecutiva, a comodo delle sue eccezioni e per quei vantaggi che il tempo produce a chi si trova in questo stato economico (*).

Questo sembrami il perchè principale. Se ne può trovare un altro nella possibilità che in tre anni lo stato materiale del fondo abbia subito cangiamento: e ciò nell'interesse commerciale della nuova vendita.

2. **Questione.** — Una seria ricerca però si presenta, ed è: se quella locuzione *tutte le formalità stabilite per il giudizio di spropriazione contro il debitore* significhi doversi abbandonare nei nuovi incanti quella base di prezzo che corrisponde all'offerta e promessa inevasa dell'acquirente giudiziale, giusta il capoverso dell'articolo 689.

È motivo di dubitare che la nuova esecuzione, comunque si riassuma secondo le regole ordinarie per la ragione sopradetta, non abbia però a perdere il suo carattere di relazione col fatto di quel deliberamento a cui non fu fatto onore, e che ha dato origine al rinnovamento della procedura. Se così è, si dovrà dunque proporre come *primo prezzo d'incanto* quello del cui soddisfacimento si tratta, e procedere di conseguenza con una combinata associazione degli articoli 689, 690, 691 e 693. Tanto più si dovrebbe così pensare, osservando che il nuovo incanto, giusta la dizione del testo, è sempre riportato alla sua causa, l'*inadempimento delle condizioni* della vendita anteriore.

Ma l'assoluto esprimersi della legge non parmi lasciar luogo a tale obbiezione. Ognun vede che gran parte di *quelle formalità* che tengono alla composizione del prezzo, alle offerte preliminari, alla stima per mezzo dei periti, e via discorrendo, dovrebbero tralasciarsi; e invece dovrebbe farsi un innesto delle maniere dei due procedimenti che sarebbe una confusione, e non vi ha indizio o argomento alcuno che la legge abbia voluto permetterlo. L'antico deliberatario è dunque nella condizione di ogni altro debitore che viene espropriato; si deve ritenere che sia stata assunta iscrizione ipotecaria sul fondo, onde i creditori esercitano tutti quei diritti e in quegli stessi modi che appartengono all'ordinario processo di espropriazione. Fra le altre operazioni si avrà quella del precetto e della trascrizione, onde nasce la immobilizzazione dei frutti che dal giorno della delibera aveva cessato.

3. Forsechè vengon meno anche le disposizioni dell'articolo 693? Altro punto grave che merita illustrazione.

Sono disposizioni al tutto speciali *che si collegano colla rivendita*, che non trovano un conforme rapporto in una espropriazione ordinaria. Vero che l'oggetto è ancora quello di ottenere la debita riparazione dell'*inadempimento delle condizioni della vendita*, ma il cangiamento totale del rito, dopo un triennio, porta anche un mutamento sostanziale nelle conseguenze di diritto, o, in altri termini, dimostra che questo cangiamento è avvenuto nel pensiero legislativo.

Io confesso di sentire tutto l'ardimento della mia proposizione, flagrante di novità per lo meno; ma è un terreno senz'orma.

La risponsabilità dell'antico deliberatario è sempre quella. Il debito pel quale si procede *ex novo* alla esecuzione immobiliare è quello del *prezzo*, aggravato degl'interessi, se non furono pagati, e delle spese. Serve di *titolo esecutivo* quel verbale di deliberamento in cui fu aggiudicato il fondo a un dato prezzo, ed ha il carattere di sentenza. Tutto ciò forma il debito. Se l'esito del giudizio di spropriazione non è tale che risponda all'ammontare di questo debito, il proprietario primitivamente spogliato e i suoi creditori conservano l'*azione personale* per l'avere residuo, come avviene per qualunque altro debito.

La difficoltà è là dove si dispone *che l'eccedenza profitta al compratore precedente* (articolo 693). In questo stato di cose io credo non aver più luogo quella disposizione dopo il lasso ben lungo di un triennio, che può concepirsi protratto a termine più lungo ancora, riguardato l'antico deliberatario semplicemente come un debitore che viene spropriato per non aver pagato il suo debito. Rimesso nelle condizioni ordinarie della procedura, non può più reclamare un beneficio che ha tutta la ragione di essere quando il fondo appena acquistato gli è tolto di mano, e quando *la rivendita è considerata come una prosecuzione della procedura medesima;* e in tutto il suo aspetto e in ogni suo atto manifesta la relazione ch'essa ha colla delibera testè aggiudicata e rimasta inevasa per difetto del prezzo. Per dir tutto in breve: quel nesso di relazione, dopo il triennio, è svanito.

(*) Al n° 3 di queste Annotazioni rileviamo altre conseguenze, che tornano in isvantaggio del compratore.

§ 4.

Delle eccezioni di nullità, delle domande di separazione di beni immobili, e degli incidenti.

Articolo 695.

Le eccezioni di nullità degli atti del giudizio di spropriazione devono proporsi quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, con citazione a comparire nel termine di giorni cinque.

Se l'eccezione di nullità sia proposta dal debitore, l'atto si notifica al procuratore del creditore istante; se sia proposta da altro interessato, l'atto si notifica anche al procuratore del debitore.

Se il debitore non abbia costituito procuratore, l'atto si affigge alla porta esterna della sede del tribunale.

Il tribunale pronunzia sulle nullità nell'udienza stessa o in quella immediatamente successiva.

Le nullità non opposte nel tempo e nel modo sopra stabiliti non possono più opporsi neppure in appello.

Annotazioni.

1. Quantunque le controversie avvisate in questo § 4 non siano che *incidenti del giudizio di spropriazione*, nonostante è piacinto al legislatore farne tre categorie, come avverte l'epigrafe di detto paragrafo. E prima si fa ragione delle *eccezioni di nullità*, tema che ci ha occupato, favellando dell'articolo 565. A corroborare le differenze da noi rilevate, torna ora opportuno aggiungere il seguente passo del Boitard, che distingue i subbietti come io non saprei fare: « Comment distingnera-t-on « les moyens de nullité relatifs au fond de « ceux qui sont relatifs à la forme? Toutes les « fois que le demandeur en nullité prétendra « *que la saisie ne pouvait pas être pratiquée*, « *il abordera un moyen du fond* (*). Ainsi « nous appellerons demandes de nullité, sur « le fond, toutes celles basées sur la négation « de la créance du poursuivant, soit que le « demandeur à l'incidente soutienne que cette « créance a été payée, prescrite, compensée, « soit qu'il la prétende nulle par défaut de « cause, ou de consentement, ou annulable « par défaut de capacité, etc. ». E sulla nullità di forma: « La nullité de forme *suppose* « *que la saisie pouvait être faite*, mais le poursuivant n'a pas accompli toutes les formalités et observé tous les délais prescrits par la loi » (*Leçons de proc.*, art. 728).

Quell'articolo enunciò il doppio ordine di mezzi nell'avvertito proposito di togliere un dubbio ch'era nato durante la legislazione del 1807, se l'angusto termine che quella procedura assegnava a proporre le *eccezioni di nullità* fosse applicabile anche ai *mezzi di fondo*. L'articolo 728 ha sciolto il dubbio in senso affermativo. Così assunte nell'insieme le eccezioni, si prescriveva il tempo entro il quale dovevano essere proposte a pena di decadenza. In quel sistema la procedura esecutiva immobiliare si divide ostensibilmente in due parti: la prima *sino alla pubblicazione del quaderno delle condizioni della vendita* (*cahier des charges*); l'altra *sino al deliberamento*. Le eccezioni dovevano proporsi tre giorni almeno prima della indicata pubblicazione, se anteriori; tre giorni almeno prima del deliberamento, se posteriori alla pubblicazione del quaderno. Altre procedure diversi termini assegnavano, ma il bisogno di limitare il tempo è sentito in tutte.

2. Il termine di 15 giorni è *unico* per noi,

(*) O almeno che la esecuzione avrebbe dovuto o troncarsi per un fatto sopravvenuto o modificarsi a certi effetti sostanziali, ecc., di che porgiamo alcuni cenni d'esempio al n° 2 di questa Annotazione.

che non dividiamo il processo in due parti alla francese; il prescritto periodo di 15 giorni è il limite per ogni *azione od eccezione di nullità degli atti*. Giunti a quel punto, la validità del processo è assicurata.

Ma si presentano a sciogliere due quesiti.

a) Lo stesso termine è prefinito alle eccezioni di nullità che sono relative al merito?

b) Tutte le eccezioni di nullità degli atti sono proponibili sino al termine suddetto?

Rispondo al primo quesito. Nulla più chiaro di quelle parole della legge: *nullità degli atti del giudice*, ecc. Si è ritoccata l'espressione dei due anteriori Codici sardi, *le eccezioni di nullità* RELATIVE *agli atti di espropriazione e di subasta*, e il modo è uscito non meno evidente, ma con significato più esteso. Che ne seguirà pertanto? Il R. Editto ipotecario piemontese nell'articolo 110 aveva bene scolpita la distinzione fra le nullità nascenti da violazioni di formalità o da omissioni; e le Corti del Piemonte con questa norma solevano giudicare, anche sotto le nuove leggi, che le *eccezioni di diritto sostanziale* riguardanti, a cagion d'esempio, i vizi del titolo esecutivo, la mancanza di podestà nel giudice o di facoltà nelle parti, la materia del pegno, il difetto di trascrizione, una eccezione di pagamento fatto o prima o durante il processo, la perenzione incorsa, e simili, potevano ognora proporsi prima dell'incanto (Casale, 28 ottobre 1851, BETTINI, 1851, tom. II, pag. 840; Cassazione, 3 aprile 1857; BETTINI, 1857, tom. I, pag. 337).

Al secondo quesito rispondendo, si osserva, non potersi a meno di tener conto delle decisioni che vanno nascendo nel corso della procedura, e che, di ragione, rendono improponibili certe eccezioni, vuoi d'ordine o di merito, non per divieto del presente regolamento, ma per ostacolo che incontrano in altri principii di diritto giudiziario (*Comment. al Cod. sardo*, vol. 5, p. I, pag. 485). La sentenza di vendita che sancisce la spropriazione (articolo 666), per certo presuppone la validità degli atti precedenti, presuppone il diritto del creditore di procedere alla esecuzione. *Sotto il rapporto adunque della cosa giudicata* vi sono eccezioni d'ordine, e altresì di merito, che non possono più proporsi senza contraddire alla stessa cosa giudicata, e senza imporre al tribunale la revoca della propria sentenza. Così, sebbene la eccezione della viziosità o insufficienza del titolo esecutivo sia veramente radicale, non potrei ammettere che dopo la sentenza di vendita potesse opporsi. Forse a questo intendono quelle parole del testo, *degli atti... del giudizio di spropriazione*: giudizio che veramente comincia dalla sentenza di vendita.

c) *Se il prescritto termine dei 15 giorni sia relativo al primo incanto*, o *abbia rapporto anche ai successivi.*

Vediamo la ragione della legge. Si vuole ad un congruo spazio anteriore all'incanto possedere la sicurezza che la validità del processo giunto a quel punto non sarà più messa in contrasto. Questa tranquillità è necessaria agli oblatori che si vengono preparando. Frattanto nuovi motivi di nullità possono presentarsi dopo il primo incanto, o gli stessi atti di subasta essere viziati di nullità. È necessario stabilire che la regola dell'articolo 695 si riproduce in simili casi; onde le eccezioni di nullità dovranno proporsi 15 giorni prima del nuovo incanto.

Articolo 696.

Quando le eccezioni di nullità siano ammesse, il procedimento deve riassumersi dall'ultimo atto valido, e i termini per gli atti successivi decorrono dalla notificazione della sentenza pronunziata sulla nullità.

Articolo 697.

Quando le eccezioni di nullità siano rigettate, la vendita ha luogo nel giorno stabilito, senza che occorra alcuna notificazione.

Articolo 698.

Qualunque modificazione o aggiunta alle condizioni della vendita deve proporsi quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, a norma dell'articolo 695.

Il tribunale pronunzia sulle domande relative nell'udienza stessa in cui si discute l'incidente, o in quella immediatamente successiva.

Se le modificazioni o aggiunte proposte siano rigettate, si applica la disposizione dell'articolo 697: se siano ammesse, il tribunale ne ordina la pubblicazione nel modo che creda più conveniente.

Annotazioni.

La facoltà di discutere le *condizioni della vendita* proposte nel bando è una bella disposizione utilissima e nuova. L'interesse e l'azione sono comuni al debitore e ai creditori; al debitore giova principalmente, mentre sebbene il bando non sia fattura del creditore, ma dell'uffiziale di giustizia, esso è redatto con materiali e per istanza del creditore. Interessato più di ogni altro, e anche il più istrutto, il debitore potrà fornire documenti e lumi a spiegare certe affezioni e qualità del fondo, rilevarne i vantaggi e le naturali attitudini. E questo diritto d'intervento che gli viene giustamente accordato, è nello stesso tempo la giustificazione della legge che affida ad altri che a lui, proprietario, la compilazione di un atto che è niente meno che il contratto di vendita giudiziale che deve subire.

L'incanto si sospende, ciò è manifesto, ogni volta che sorgano prima dei 15 giorni cotali incidenti. Questo vuol significare l'art. 697.

Articolo 699.

Chi voglia intervenire nel giudizio di spropriazione per far separare la proprietà, l'usufrutto, una servitù, o altro diritto reale dai beni da vendersi, deve notificare la sua domanda al procuratore del creditore istante e del debitore; se quest'ultimo non abbia costituito procuratore, la notificazione gli è fatta personalmente.

La domanda deve contenere citazione a udienza fissa anteriore a quella stabilita per la vendita.

Articolo 700.

Quando la separazione riguardi soltanto una parte dei beni, si procede alla vendita degli altri, salvo che il tribunale ordini di soprassedere.

Annotazioni.

1. Gli articoli 2205 del Codice civile francese, 2333 dell'albertino ora cessato, e il 2077 dell'attuale italiano, sono concordi nel ritenere che la subastazione di beni indivisi non può aver luogo *prima della divisione*, salvochè il procedente *non sia creditore di tutti i comproprietarii* (come, trattandosi di eredi, fosse creditore del defunto); onde si conclude alla validità originale della esecuzione. Se la parte che spetta al debitore, quantunque indivisa, fosse determinata nella quantità o quota relativa, per esempio, nella metà dello stabile, non sarebbe meno necessario venire alla divisione prima della subasta, dovendo eziandio il *corpo* essere determinato per ragione che ognuno intende. Il Codice di Ginevra (articolo 516), che autorizza la pratica contraria, non ha avuto seguaci.

2. Ho detto che si può fare l'esecuzione sul fondo indiviso, dottrina non del tutto pacifica dianzi, ora accertata dall'articolo 2077 del Codice civile. Il presente articolo 699 n'è luminosa conferma. « *La subastazione non può essere fatta*, per la parte indivisa di un immobile, ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietarii prima della divisione ».

Si comprende perchè sia lecito porre sotto pegno giudiziale uno stabile indiviso, o un complesso di stabili indivisi. E quasi sempre è urgente apprendere le cose del debitore che potrebbero sfuggire di mano nel corso d'una divisione preliminare. Avvertenze però non poche occorrono e cautele, onde anche nasce un ordine di procedura, non formulato, ma imposto dalla convenienza o necessità delle cose.

È ben d'uopo che il creditore procedente si conosca dello stato dei diversi dominii che sono sullo stabile onde limitare la ingiunzione precettiva al vero debitore, e non estenderla agli altri condomini; onde misurare i termini della trascrizione, che quantunque non determini la ragione sulla quale si affigge, deve però significare con quale relazione all'intero colpisca la parte del debitore (*). Ciò non fa-

(*) La metà, il terzo, il sesto di un dato immobile circoscritto ne' suoi confini, pertinente per indiviso al signor.....

cendo il creditore, esporrebbe i suoi atti a giudizi di nullità che lo stesso debitore, come io penso, potrebbe provocare.

Colla maggiore accuratezza e cautela non si potrebbero tuttavia evitare intralci proprii della situazione. La trascrizione *immobilizzando i frutti*, ciò porta impedimento a disporne: ecco dunque un vincolo gettato su tutta la proprietà indivisa, che avvince tutti i condomini. Ma è uno degli incomodi della comunione; i comproprietarii sel devono sapere. Posto che il creditore agisca con diritto, è una posizione ch'essi, per un tempo più o meno breve, sono tenuti a sopportare. È nominato un custode generale ai frutti pendenti; misura autorizzata dai combinati articoli 608 e 600, che si estende anche ai frutti medesimi staccati dal suolo. Quanto più questo stato si prolunga, tanto più è grave; più grave in date circostanze, per esempio, se questo avviene alla stagione delle messi. Gravissimo, se la presa del pegno cadesse sopra un istituto industriale indiviso, sopra uno stabilimento di commercio, che dovrà sottostare alle più importune ingerenze e a dannose sospensioni.

È una di quelle strane combinazioni nelle quali qualche interesse legittimo vien leso: o quello del creditore, o quello dei comproprietarii indivisi che non sono debitori, ed è inevitabile; o il creditore deve con pericolo e danno sospendere le sue azioni, o i comproprietarii non debitori sentire il contraccolpo dell'altrui debito: ma ho già osservato essere un incomodo della comunione ch'essi, volendo, avrebbero potuto evitare.

3. L'articolo 699 suppone che la *separazione delle proprietà*, ecc., sia richiesta dal *condomino*; suppone anche non essere il richiedente in causa, onde gli bisogni domandare l'intervento. Questo è un punto che merita riflessione.

La legge adunque suppone che sia stata praticata una esecuzione immobiliare su stabile indiviso, o come punto non lo fosse, ossia dissimulando che fosse indiviso; ovvero senza notificar gli atti agli stessi comproprietarii, e citarli in giudizio per il loro interesse. Ma non è forse debito assoluto del procedente lo spiegare che lo stabile è comune ad altri, e questi pure chiamare in giudizio? È impossibile pensare altrimenti. Dovrà eccettuarsi il caso di ignoranza non imputabile al procedente; se il solo debitore risultasse dai pubblici registri possessore; se altri argomenti si avessero atti a giustificare questo modo di procedere. L'emergente è osservato dalla procedura sotto un aspetto particolare, e da un sol lato.

Sotto questo punto di vista il rito è sufficientemente tracciato. Si comincierà da una domanda d'intervento alla foggia dell'art. 181. Il terzo intervenuto notificherà l'ordinanza alle persone e nei modi indicati dall'articolo 699, citandole avanti il tribunale per sentire ordinare la divisione. Vi ha pure determinazione di tempo; deve procurarsi un'udienza *anteriore a quella stabilita per la vendita* (articolo 666, n° 3).

Se la domanda è ammessa, il procedimento esecutivo rimane sospeso; e tutta la serie delle precedenti operazioni ne risente la scossa. Se, nella supposizione di una proprietà di pieno dominio del debitore, vi sono state offerte di prezzo, perizie, pubblicazioni di bandi, tutto deve modificarsi; forse rifarsi. Si altera, per così dire, l'economia di tutto il giudizio.

4. La domanda di separazione dev'essere proposta prima dell'*udienza stabilita per la vendita*. Ciò è savio; ed affinchè la disposizione non sia illusoria, la domanda di separazione *fatta dopo la vendita* dovrebbe respingersi. Ma io avverto che le ingiunzioni di quest'articolo non sono comandate a pena di nullità (*V.* l'articolo 707). Ma quali sariano le conseguenze di un tale rifiuto? Si comprende che un fondo indiviso può esser venduto all'asta *per la parte che spetta al debitore;* ma o prima o dopo sarà necessario di venire alla divisione. Se, per esempio, *dopo il primo incanto* e il primo deliberamento si chiederà la separazione, non si troverà pur sempre utile e conveniente accordare una tale domanda? Gioverà allo stesso deliberatario; semplificherà le successive offerte, e porgerà un'aggiudicazione definitiva che sarà veramente definitiva, liberando l'acquirente e i condomini dall'imbarazzo della comunione. Vengo a concludere che la legge *non ha voluto coartare il tempo alla prima vendita;* ma permette di fare la istanza di separazione *prima della vendita definitiva;* dopo di che i condomini non potrebbero agire che in rivendicazione.

5. Ma ora bisogna osservare il processo da quel lato di cui non si è occupato la procedura; *dal lato cioè del creditore che è attore nel giudizio di spropriazione.*

È a lui che la legge del diritto impone l'*obbligo* rigoroso di far eseguire la divisione *prima della subastazione* (art. 2077 del Codice civile); rimpetto ai comproprietarii è semplicemente una *facoltà*, un diritto.

Che s'intende con quelle parole *prima della subastazione?* Secondo me *subastazione* significa in questo luogo la stessa *espropriazione*, che ha il suo reale ed effettivo principio dalla

sentenza di vendita. Prima dunque di fare istanza per la vendita, e quindi prima di compilare gli editti, è dovere del procedente di far eseguire la divisione.

Questa dottrina già eloquentemente difesa da Labary, oratore del Tribunato, ebbe la più solenne sanzione nell'articolo 2205 del Codice civile francese (*); e noi non consentiremo che il nostro Codice abbia voluto consacrare una massima meno giusta, nel tempo stesso che con felice espressione ha dissipate le antiche dubbiezze sulla qualità della comunione, non eccettuandone alcuna.

Pertanto dove fosse aperto e dimostrato che il bene è indiviso, io tengo dovrebbe il tribunale, anche d'ufficio, ordinare la divisione prima di pronunziare la sentenza di vendita.

Resta dunque che il nostro articolo 699 sia riservato a quelle domande di condomini, i cui diritti non risultavano evidentemente dai registri del censimento, o in altro modo egualmente perspicuo; per il che non può imputarsi all'attore di non aver fatto seguire egli stesso la divisione.

6. *Competenza della eccezione.*

Ognuno che ha interesse può opporre la nullità derivante dalla violazione dell'articolo 2205 del Codice civile, e quindi anche il debitore. « Il a intérêt, ha detto Dalloz, à éviter « une procédure frustratoire, et à empêcher « que l'état d'indivision ne détourne des en- « chérisseurs ».

7. *Schiarimento all'articolo* 700.

La *separazione* può essere il prodotto d'una divisione che debba eseguirsi fra condomini; ma può esser altresì indipendente da divisione. Se Tizio ha colpito colla sua esecuzione due fondi, l'uno del suo debitore, l'altro di Caio che è un terzo, i fondi sono già distinti. Un edifizio ha due padroni; Tizio apprese anche alcune stanze dell'appartamento che non sono in proprietà del suo debitore; Caio, in virtù di titoli che definiscono i termini delle due proprietà, domanda la separazione. Abbiamo in somiglianti casi una parte incontroversa, e allora riceve applicazione l'art. 700. Talvolta le cose si dimostrano facilmente, talvolta no; nel dubbio, il tribunale *soprassederà alla vendita*, perchè d'ordinario è di tutto interesse del creditore, e pur anco del debitore, di non fare due vendite separate, se questi ha veramente la proprietà dell'intero.

8. *Delle spese.*

Se il terzo proprietario che ha diritto alla separazione è così lento a promuoverne l'azione che un primo deliberamento abbia già avuto luogo (*V.* sopra, n° 5), può nascer dubbio se le spese dell'anteriore incanto, ch'egli poteva prevenire, non siano da porsi a carico suo. Ma s'egli è un terzo, se non intervenne e non fu chiamato in giudizio, chi potrebbe accagionarlo di non avere esercitato in tempo più comodo le sue azioni? Niuno, io credo, il potrebbe. Del resto, se il creditore procedente agisce regolarmente e secondo legge, anticipa bensì le spese che il debitore dovrebbe sostenere nella divisione (art. 684, capoverso 2°), ma egli n'è rifuso sul prezzo. Il comproprietario sostiene esso pure quella parte di cui avrebbe dovuto in ogni modo caricarsi, concorrendo di necessità nella divisione. Se il creditore avesse fatto istanza tardiva, e per tale ritardo prodotte spese inutili, è chiaro ch'egli, non il debitore, dovrebbe sopportarne il peso.

Articolo 701.

Qualunque altra domanda incidentale deve essere proposta e giudicata in conformità dell'articolo 695.

Annotazioni.

Cioè proporsi *quindici giorni prima della udienza stabilita per la vendita*, seguendo il rito dell'articolo richiamato.

(*) « Néanmoins la partie indivise d'un cohéritier dans « les immeubles d'une succession *ne peut être mise en* « *vente* par ses créanciers personels *avant le partage* « ou la licitation, ecc. ».

Digitized by Google

§ 5.

Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di spropriazione.

Articolo 702.

Non sono soggette ad appello

1° Le sentenze che nominano il perito a termini dell'articolo 666, n° 1, e quelle che prescrivono maggiori pubblicazioni delle ordinarie;

2° Le sentenze con le quali siasi provveduto sopra domande in surrogazione a norma dell'articolo 575;

3° Le sentenze che rigettino eccezioni di nullità, o modificazioni, o aggiunte proposte alle condizioni della vendita;

4° Le sentenze di vendita anche in seguito ad aumento o a rivendita.

Se però nei casi, di cui nei numeri 3 e 4, siasi anche pronunziato sopra incidenti, per cui sia ammesso l'appello, e l'appello sia stato proposto, gli effetti di questo si estendono a tutta la sentenza.

Annotazioni.

1. Le eccezioni nominative confermano la regola generale dell'appello, giusta le osservazioni fatte all'articolo 655.

Al numero 1°.

La perizia ordinata dal tribunale (art. 666, n° 1) avendo puramente per oggetto di mettere in miglior luce la verità, non è un giudizio contenzioso: è atto ufficioso del giudice. Se contenesse errori, può domandarsi la correzione per incidente, ma neppure dalla sentenza che fosse per nascerne si concede appello.

Quanto all'altra perizia presignata nell'articolo 664, è negato persino il *reclamo* per la questione del *valore;* il che significa non potersi neppure ricorrere al collegio per una correzione qualunque (*).

Al numero 2°.

Se « non si fa luogo a *reclamo* contro la re« lazione di perizia *per quanto riguarda il va« lore* » (art. 664, capoverso 3°), nelle altre parti, e dove d'altri vizi si tratti, si ammette il reclamo: *ma si ammette eziandio l'appello?* Io sono di contrario avviso. Vero è che per l'articolo 702, num. 1°, non è letteralmente eccettuato il caso, ma la volontà del legislatore sembra nonostante chiara, perchè dal *diritto di reclamo* non può inferirsi a quello dell'appello; e meglio ancora si argomenta dalla qualità dell'operazione che mantiene carattere ordinativo anzichè giudiziale, non facendo ragione di verun diritto delle parti, ma solo conferendo a preparare il materiale della vendita. Il rito poi è talmente semplice *che non è neppure necessità di sentire il debitore.*

Al numero 3°.

Il tribunale nella sentenza di vendita *può fare le aggiunte e variazioni che crede opportune alle condizioni* proposte dal creditore (articolo 666, n° 2); e questo è atto d'ufficio. Ma è pure in facoltà delle parti dimostrare che *aggiunte* e *modificazioni* devono farsi (articolo 698): ed è una domanda incidente che osserva il rito speciale dell'articolo 695; rito assegnato ad ogni altro incidente del giudizio di spropriazione, che non sia quello dell'articolo 699 (articolo 701). Quantunque si tratti di un vero giudizio, la materia non sarebbe abbastanza grave per giustificare un appello, e l'economia del processo esecutivo ne sarebbe turbata senza competente ragione.

Al numero 4°.

Le *sentenze di vendita* non sono giudizi; non si decide del diritto o del torto, si proclama l'esistenza giuridica di un fatto legale; *non si giudica, si aggiudica;* la sentenza di

(*) Non è *reclamo* una istanza che allo stesso giudice si faccia per alcuna rettificazione di fatto e necessaria.

vendita rappresenta il complemento, l'ultimo esito del processo esecutivo.

2. Se non che in sentenza per se stessa inappellabile può insinuarsi un elemento contenzioso di sufficiente gravità per autorizzare l'appello; ciò avviene nelle cause unite; e in effetto sono due decisioni in una sola sentenza. La preponderanza che ottiene il principio dell'appellazione fa cedere il bisogno della celerità al diritto di esame; si è dovuto riflettere che il punto controverso costituisce una vera questione pregiudiziale che merita la preferenza (*).

L'articolo 702 contiene due categorie di sentenze: le une inappellabili assolutamente; le altre inappellabili per sè, ma che possono tuttavia subire l'appello associandosi ad una risoluzione appellabile. Le prime sono rassegnate ai n^i 1° e 2°; le altre ai n^i 3° e 4°. Le prime si considerano meramente ordinatorie, o ripugnano di associarsi con decisioni che in qualche modo includono una cognizione di merito. Se, per esempio, si sollevino questioni sul diritto di procedere, sulla inesistenza del credito, o nullità del titolo esecutivo, il tribunale non riunirà la cognizione di tali incidenti alla sentenza *con cui nomina il perito*, o *prescrive maggiori pubblicazioni*, ciò sarebbe forzato, potrebbe dirsi un connubio impossibile. Ecco perchè tali sentenze si dichiarano inappellabili assolutamente. Ma facciamo lo strano supposto che il tribunale abbia voluto fare questo amalgama: quale sarebbe la conseguenza? Non esito a rispondere che *la sentenza sarebbe appellabile in quella parte ove decide l'incidente:* e porterebbe in conseguenza la sospensione del procedimento (**).

Fin qui ho parlato di *incidenti di merito* riuniti a una *decisione d'ordine*. Anche la *surrogazione di un creditore ad un altro*, per continuare gli atti, è considerata materia di ordinatoria. Nondimeno è suscettiva di serie difficoltà. Si nota nel DALLOZ un giudicato della Corte di Parigi, del 13 luglio 1850, che disse inapplicabile l'articolo 730 (***) in caso nel quale si disputava non della negligenza dello espropriante, ma sulle *qualità giuridiche del surrogato;* e si fece largo all'appello. Decisione consimile della Corte d'Amiens, 19 luglio 1052 (*Recueil pér.*, 1854, n° 679, v° *Vente publique d'immeubles*, n° 1470; *Commentario al Codice sardo*, vol. 5, parte 1, pag. 497).

Ma io non credo imitabili codesti esempi. La lettera della legge è troppo precisa. Ammetto che controversie gravi potranno eccitarsi, ma essendo ad ogni modo insito nel subbietto di una tale sentenza dichiarata inappellabile, non saprei come potesse introdursi una distinzione dedotta non dall'*oggetto*, che statuisce il carattere della sentenza, ma dalla difficoltà intrinseca della questione.

Quale differenza pertanto fra le due contingenze che siamo venuti considerando? Non altra che questa. Quando *in una sentenza inappellabile si sono decise questioni per le quali compete l'appello*, non è possibile ritenere che la pura e semplice accidentalità di essersi cumulate con una sentenza inappellabile, abbia tolto il diritto dell'appello. Per conciliare i diversi aspetti dell'articolo, si potrà dire, che l'appello non è ammesso dalla *intera sentenza*, ma solo da quella decisione che risolve l'incidente, come sopra si conchiuse. La distinzione è alquanto sottile, ma la colpa non è nostra. Forza è dire il contrario, se una questione estranea non s'introduce nella causa, e la difficoltà emana dal proprio subbietto; *se la sentenza è unica, e questa è dichiarata dalla legge inappellabile.*

Rapporto alle categorie dei numeri 3° e 4° la legge trova più compatibile l'unione *d'incidenti per cui sia ammesso l'appello:* e l'appello *si estende a tutta la sentenza.* Tizio debitore, espropriando, muove incidente perchè gli sia tenuto conto dei pagamenti di recente eseguiti. Intanto si pubblica il bando. Tizio crede che nel bando siano state omesse formalità necessarie, e con altra istanza ne domanda la nullità. Il tribunale giudica amendue le istanze con una sola sentenza; rigetta quella di nullità; rigetta pure la eccezione di pagamento. È il caso del capoverso del nostro articolo.

(*) L'articolo 702 ha portato una modificazione all'articolo 829 del passato Codice sardo del 1859. La sentenza di *reiezione delle eccezioni di nullità* erano appellabili, dovendosi però interporre l'appello entro quindici giorni.

(**) CHAUVEAU ha detto in questo proposito: « Si des « incidents ont été soulevés, *il y a jugement* sur ces « incidents puis après publication ou adjudication; mais « ce n'est pas la publication ou l'adjudication qui tranche « ces incidents, elles ne sont que la conséquence du « jugement qui a statué sur le plus ou le moins de « fondement. S'il *y a appel d'un jugement qui a statué* « *sur un incident*, et que cet appel soit admis, la pu- « blication tombera évidemment, *sans qu'il soit aucu-* « *nement besoin de diriger aussi un appel contre cette* « *publication* » (articolo 730, quest. 2423 sept.). CHAUVEAU suppone però che le pronunzie siano separate. Se noi siamo poco chiari in questa parte della procedura, in verità i Francesi lo sono ancor meno.

(***) « Ne pourront être attaqués par la voie de l'ap- « pel: 1° les jugements *qui statueront sur la demande* « *en subrogation contre le poursuivant*, à moins qu'elle « n'ait été intentée pour collusion ou fraude ».

Articolo 703.

L'appello da ogni altra sentenza deve proporsi nei quindici giorni dalla notificazione di essa.

L'atto d'appello si notifica ai procuratori delle parti che hanno interesse contrario alla riforma della sentenza, e al debitore a norma dell'articolo 695, con citazione a comparire davanti la corte nel termine di giorni dieci.

Nel giudizio d'appello promosso da qualunque interessato, deve citarsi il creditore istante, il quale deve, sotto pena del risarcimento dei danni, riprodurre i documenti che ha presentato nel primo giudizio.

Annotazioni.

1. *Se la forma eccezionale dell'appello debba osservarsi anche rapporto a quelle sentenze che decidono questioni di esecuzione, ma anteriori alla sentenza di vendita* (*).

Come argomento affermativo può dirsi che la ragione da cui muove la legge per limitare il tempo all'appellante, domina ogni parte del processo esecutivo; che l'interesse della celerità è un vero bisogno della giustizia; che le disputazioni sorgenti intorno alla stessa azione esecutiva, alla efficienza del titolo, alle forme del precetto, alla regolarità dell'atto di trascrizione, non debbono pendere lungamente, con evidente pregiudizio del creditore; che la legge non distingue; che l'articolo 702, come dichiara l'epigrafe sommaria del capo a cui appartiene, si estende a tutte le sentenze che si proferiscono *nei giudizi di spropriazione:* epigrafe che, abbracciando tutta la serie degli atti di esecuzione, dal precetto alla sentenza di vendita definitiva, sembra aver messa fuori dal campo la teoria, usa a considerare gli atti anteriori alla sentenza di vendita come semplici preliminari della espropriazione.

Queste considerazioni, e in ispecialità le prime, sono valenti. Nondimeno, regnando legislazioni conformi, non bastarono ad impedire una giurisprudenza costante in contrario. In Piemonte, e coll'editto ipotecario del 1822, e colle leggi posteriori, che si venivano quasi ricopiando, fu comune sentire delle Corti che, rispetto alla sentenza che sulla opposizione all'*atto di comando* (precetto), o su qualche altro incidente anteriore alla sentenza di vendita si pronunciasse, l'appello ordinario fosse di diritto (Chambéry, 9 giugno 1857, Cassazione 3 aprile 1857, BETTINI, 1857, tom. I, pag. 337, tom. II, pag. 484; Corte di Torino, 26 maggio 1856, BETTINI, 1856, tom. II, pag. 638; *Commentario al Codice sardo*, t. V, part. I, n° 984).

Non ho motivi abbastanza sicuri per accertare avvenuta una mutazione nel novello ordine legislativo; mutazione che, in ragione della opposta tradizione, doveva essere chiaramente enunciata. Invece le basi del sistema, l'organica sua struttura, restano identiche. Nel nostro tecnicismo la spropriazione comincia ancora dalla sentenza di vendita: sotto il quale aspetto è riflessibile che, quantunque questa *Sezione* sia intitolata *Della spropriazione contro il debitore*, quelle leggi che concernono la introduzione della esecuzione, come il precetto, ebbero nome di *disposizioni preliminari*.

2. *L'appello è sospensivo; ma può essere ordinata la esecuzione provvisoria di una sentenza di vendita?*

La esecuzione provvisoria si applica alle sentenze che pronunciano condanne; la sentenza di vendita è il complemento della stessa esecuzione, ma che può subire ritardi, e anche pericolare, ammesso l'appello. Altro è che si permetta l'esecuzione, nonostante appello, altro è che la esecuzione accordata si precipiti con disposizioni del giudice, precidendo i termini che la legge ha prudentemente distribuiti in equilibrio dei rispettivi e conflittanti interessi. Il criterio della esecuzione provvisoria delle sentenze è fondato in altro ordine di idee. Oltre di che, analizzando le condizioni speciali divisate dall'articolo 363, sarebbe facile dimostrare che non hanno rapporto di applicazione.

In generale, io non troverei luogo a concedere la *esecuzione provvisoria di una sentenza esecutiva* se trattisi di un caso in cui è con-

(*) Un giovine e dotto giureconsulto di Cuneo mi prevenne in questa questione con gentile sua lettera. Ringrazio lui e tutti quelli che hanno avuto la bontà di occuparsi di questo lavoro, e di fornirmi lumi e consigli.

cesso l'appello. Qualche sentenza può addursi che si mostra favorevole a questa tesi (Corte di Torino, 13 febbraio 1857, BETTINI, 1857, tom. I, pag. 191). Ma non debbo dissimulare che la giurisprudenza francese ci fornisce esempi non pochi in contrario. In casi nei quali furono rigettate eccezioni di nullità, si vide accordata la esecuzione provvisoria, nonostante appello (Cassazione, 13 gennaio, 1840, *Journal Av.*, tom. LVIII, pag. 248; Rennes, 15 gennaio 1820; DALLOZ, v° *Vente d'immeubl.*, n° 1357). Ma l'opinione dei giuristi non fu mai tranquilla su questo punto. Nell'occasione delle riforme del 1841 si suscitò la questione di massima, troncata pei nuovi temperamenti adottati, che toglievano quasi l'importanza di siffatta questione. In parte la nostra legislazione è diversa. Noi non ammettiamo l'appello da sentenze *che rigettano eccezioni di nullità* (articolo 702, n° 4).

3. *Interposizione e notificazione dell'appello.*

Chi possa interporre l'appello non è detto nel nostro articolo. La interposizione è per regola *atto di parte*. Atto di somma importanza nelle sue conseguenze: il procuratore non può ritenersi avere tale facoltà se non specialmente accordata.

La notificazione invece, per comando della legge, *si eseguisce ai procuratori*. Da questo lato l'assunto della notificazione è un atto di difesa, e appartiene al patrocinio.

Non si comunica a tutte le parti che sono in giudizio, *ma soltanto a quelle che hanno un interesse contrario alla riforma*. È una questione di fatto (*).

La legge sta in dubbio se il debitore abbia costituito procuratore e provvede col richiamo dell'articolo 695. Ma quanto ai creditori o interessati che devono citarsi, supposto che non abbiano costituito procuratore? Rammentiamo che il creditore che ha provocata la sentenza per la vendita, deve aver eletto il suo procuratore secondo l'articolo 134 (art. 665, n° 5). Il creditore ipotecario avrà eletto domicilio nella iscrizione (articolo 1987, n° 2 del Codice civile), o si ritiene averlo *de jure* nell'*uffizio delle ipoteche in cui si trova iscritto* (art. 668 del Codice di procedura). A questo domicilio sarà dunque spedita la citazione d'appello, mancando procuratore. Il terzo che sarà intervenuto nel giudizio avrà già scelto il suo procuratore.

4. *Del procedimento in appello.*

Così si cammina: il termine a comparire avanti la Corte, termine invariabile, è di giorni dieci: il procedimento è sommario.

Il creditore istante deve riprodurre i documenti che ha presentati nel primo giudizio. Questa nuova veduta del legislatore ripara una omissione degli altri Codici (**). Mal potrebbe il giudice d'appello emettere il suo giudizio senza aver sott'occhio la serie degli atti esecutivi. Chi possiede tali documenti, fuorchè il *creditore istante?* Singolare peraltro è la dizione usata: non gli è imposto di produrre *tutti gli atti*, ma di *riprodurre quelli che ha presentati* nel primo giudizio. Nelle serie vi potrebbero esser atti non interessanti la questione. Non si è voluto aggravarlo oltre il bisogno. Non è impossibile che egli non abbia prodotto alcun atto, s'egli non ha creduto di prender parte attiva nella questione, se ha stimato inutile al proprio interesse il farlo. Staremo dunque ai termini della legge: *riprodurrà gli stessi documenti*, affinchè il processo d'appello non sia defraudato dei materiali che furono prodotti nel primo.

Ciò non solleva l'appellante dall'obbligo che gli corre di adempire le prescrizioni dell'articolo 489.

Volta la pena nel *risarcimento del danno*, è palese che la inosservanza del creditore (ove non sia altresì appellante) non porta la deserzione o l'annullamento dell'appello, come quella dell'art. 489. La più semplice espressione di questo danno sarà il risarcimento della spesa che l'appellante avesse incontrata a procurarsi copia di quegli atti e produrli. Se alcuno di quei documenti fosse irreperibile; se fosse necessario; se al *creditore istante* venisse il talento di occultarlo, difficile è il dire qual procedura dovrebbe tenersi, come potrebbero liquidarsi le conseguenze. Gli si farà assegnare un termine entro cui presentarlo; il danno subirà una valutazione, di cui le sole circostanze del caso potranno fornire un criterio; e siamo già d'accordo che questi modi di soddisfacimento non possono soddisfare, ma esercitano principalmente la loro efficacia sulla volontà riluttante di chi deve adempiere a un dovere giudiziale.

(*) Variabile cioè secondo la posizione delle questioni e delle parti; ma finirebbe col sommettersi alla competenza della Cassazione, potendo involvere la violazione di un principio giuridico del maggior rilievo.
(**) Fu ritenuta materia di *regolamenti*, e apparve anche incompleta, mancando di qualunque sanzione.

Articolo 704.

Quando si tratti di cause di separazione di beni immobili, l'appello è regolato dagli articoli 485 e seguenti. L'appellante deve inoltre, prima dell'udienza stabilita per l'incanto, notificare al procuratore del creditore istante la dichiarazione di aver appellato o di voler appellare dalla sentenza.

Questa dichiarazione sospende, riguardo ai beni ai quali si riferisce, il corso del giudizio di spropriazione.

Annotazioni.

1. *La domanda di separazione di beni immobili*, quantunque si produca nella forma degli incidenti durante il giudizio di spropriazione (articolo 699) in appello assume la forma di domanda principale, da qualunque delle parti s'interponga. La giurisprudenza aveva presagito questo fatto legislativo anche dove non esisteva (Cassazione francese, 22 aprile 1837, DALLOZ, v° *Vente d'immeuble*, n° 1515).

2. *Quale sarà la forma del procedimento in appello?* Consultiamo l'articolo 389. Non saremo nel caso dei due primi numeri. Del resto, stabilire la forma del giudizio in appello è attributo del presidente (articolo suddetto, n° 3, articolo 154). È quindi possibile il *procedimento ordinario*. Tanto più che un tipo o un precedente, che meglio dir si voglia, non abbiamo nel giudizio di prima istanza. Fu quello un vero incidente, un episodio di un giudizio più vasto e *sui generis*. Fu subordinato a forme speciali per esso ordinate; uscendo da quella condizione di giudizio subalterno, mediante l'appello, si appalesò nella naturale sua indole, quella di un'azione vindicatoria.

3. *La dichiarazione di aver appellato* o *di voler appellare* non è l'appello, come ben s'intende. È un favore dato a chi ha diritto d'appellare; e la legge si mostra coerente a se stessa, col permettergli in questo modo il godimento del termine intero dell'appellazione ordinaria, restando però l'inconveniente, da noi altra volta notato intorno all'articolo 657, di una dichiarazione di voler appellare, che potrebbe cader vana a volontà del dichiarante, e vuota d'effetto.

4. Con quelle parole: *l'appello è regolato dagli articoli* 485 *e seg.*, esso è interamente sottratto alla disposizione dell'articolo 703. Potrà quindi ritenersi che la citazione d'appello, non ai procuratori costituito, *ma alle parti, sarà notificato*, il che non toglie che possa la notificazione eseguirsi al creditore istante nel domicilio eletto secondo l'articolo 563; ai creditori iscritti, se convenga citarli, al domicilio ELETTO delle rispettive iscrizioni: il debitore sarà personalmente intimato, ossia alla sua residenza o domicilio ordinario. A questa intelligenza contribuisce il disposto dell'ultimo Codice sardo, articolo 823, capoverso 2°, che nel silenzio della nuova legge non può dirsi revocato.

Articolo 705.

La corte nel pronunziare sull'appello rinvia la causa per l'esecuzione davanti il tribunale.

SEZIONE II.

Della spropriazione contro il terzo possessore.

Articolo 706.

Le disposizioni contenute nella sezione precedente riguardo al debitore, eccetto la notificazione del titolo esecutivo, devono altresì osservarsi nel giudizio di spropriazione promosso contro il terzo possessore.

Digitized by Google

Si deve inoltre,

1° Unire ai documenti indicati nell'articolo 665 l'atto di notificazione al terzo del precetto fatto al debitore, con l'intimazione al terzo di pagare o rilasciare l'immobile nel termine di giorni trenta dalla notificazione;

2° Esprimere nel bando il nome e cognome, la residenza o il domicilio del terzo possessore, e la data della notificazione a lui fatta del precetto intimato al debitore.

Il terzo possessore non è però escluso dall'offrire all'incanto.

Annotazioni.

1. Questo ordinamento della procedura non è che l'attuazione dei principii stabiliti negli articoli 2013 e 2014 del Codice civile.

L'ipoteca è il fondamento di quest'azione; essa è chiusa al creditore che manca d'ipoteca sul fondo. Il possessore può anch'essere debitore personale, e allora sarebbe semplicemente il debitore, e non potrebbe liberarsi col rilascio del fondo. La nostra procedura parte dal supposto che esso non sia debitore: lo chiama *terzo*.

2. *Procedimento.*

Il primo fatto che discerne l'una dall'altra procedura si è che al terzo possessore non si pratica la *notificazione del titolo esecutivo*. Quanto a tutto il resto, le nostre leggi subalpine, ed ora le italiane, si accordano nel rendere comune il procedimento ordinario della esecuzione immobiliare, fatta quella sola eccezione.

« La procedura contro il terzo possessore « deve cominciare coll'*atto di comando al debitore* » (disse SCIALOJA nel *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I). « Le commandement doit être fait à la personne ou au domicile du debiteur » (CARRE, *Pratiq.*, t. IV, pag. 328, Cassazione francese, 6 messidoro, anno XIII). Sulla necessità di questo primo atto non vi ha disaccordo; il termine dei trenta giorni assegnato al terzo possessore non comincia mai a decorrere prima dalla notificazione del *precetto al debitore* (articolo 2014); e in effetto si conta dall'intimo che si fa al possessore medesimo, *quando però vi sia unito l'atto di notifica del precetto fatta al debitore.*

Passati i trenta giorni, si promuove la vendita; il debitore sarà sempre citato in questo ed altri atti; ogni notificazione si farà in doppio. La pratica francese lo suggeriva, mancando nella legge una direzione precisa. = « L'un et l'autre (il debitore e il terzo possessore) n'y sont ils-pas également intéressés? Le tiers détenteur, puisqu'elles (les « poursuites) tendent à le dépouiller du bien « qu'il a acquis; le débiteur, puisqu'il est responsable de cette dépossession vis-à-vis de « son acquereur. Ces deux intérêts, qui se « rénnissent en la personne du débiteur lorsqu'il est possesseur de l'immeuble, continuent à exister, quoique sur deux têtes différents, lorsqu'il a été transmis cette possession à un tiers. Tous le deux veulent être « respectés et protégés. Nous pensons donc *que « la poursuite doit être faite en double*, c'est-« à-dire dirigée en même temps contre *le débiteur et le détenteur* » (CHAUVEAU, all'articolo 673, quest. 2198).

La esecuzione non è meno diretta contro il terzo possessore (e in breve ne vedremo le conseguenze) perchè il precetto sia notificato in primo luogo al debitore. Vero che la forma del precetto non può essere identica. Intimazione al debitore di pagare, o di fare in modo che il terzo rilasci il fondo entro i trenta giorni, altrimenti si procederà alla espropriazione. S'intende che il debitore ha tutto l'interesse perchè ciò non avvenga. L'articolo 2013 detta la formola del precetto che deve farsi al terzo possessore. La formola, negli altri Codici censurata, è stata restituita dalla esattezza del nostro articolo 2013. Il terzo possessore *non è tenuto a pagare i debiti iscritti sul fondo*, come dissero nell'articolo 2168 il Codice Napoleone, e nel 2285 il Codice albertino; il solo suo obbligo è abbandonare il fondo alle azioni del creditore, ove *non preferisca di pagare*, che è del tutto facoltativo in lui.

Scorsi i trenta giorni, il terzo possessore non ha più titolo per ritenere il fondo. La *trascrizione del precetto* (art. 2083) lo priva della disponibilità la quale può ricuperare ritornando nel pieno esercizio de' suoi diritti di proprietario, ove in quel periodo soddisfaccia i debiti iscritti sul fondo.

Per un momento confuse le ragioni di credito e quelle di proprietà, rivivono *dopo il rilascio dell'immobile* (art. 2016 del Codice civile); rivivono insieme *le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, come gli spettavano prima dell'acquisto.*

Digitized by Google

I numeri 1° e 2° dell'articolo 706 ci additano due forme speciali a questa procedura: aggiungete a quella indispensabile del debitore, la costante presenza del terzo possessore: la necessaria menzione del suo nome in tutti gli atti della procedura che richieggono quella del debitore; aggiungete la facoltà attribuita al terzo possessore, e negata al debitore, di offrire all'incanto, e non avrete bisogno di notare altra differenza di rito.

2. *Delle particolari facoltà che spettano al terzo possessore colpito da giudizio di espropriazione.*

a) Del diritto di ricuperare l'immobile prima che sia seguita la vendita all'incanto.

Disposizione dell'articolo 2018 del Codice civile. Questo diritto non può esercitarsi dopo la vendita seguita al *primo incanto:* la legge adunque parla di questo. Vi è un acquirente nel quale ha fatto passaggio la proprietà del fondo: si potrà superare aumentando il sesto del prezzo, si potrà vincere in una nuova gara, ma il terzo possessore non può più valersi della facoltà dell'articolo 2018.

b) Del diritto di opporre al precetto e al giudizio di condanna del debitore.

Il diritto di fare opposizione al precetto è comune al debitore e al terzo possessore. A dir vero non ci soccorre la lettera della legge che è bensì perspicua nel dire *quali disposizioni devono osservarsi* onde si disegnano gli obblighi di chi conduce la procedura, ma questo diritto del terzo possessore non avrebbe un appoggio testuale. È nondimeno evidente che allo stesso interesse la stessa facoltà di difendersi dev'essere accordata; anzi l'interesse del terzo possessore è sempre più svegliato, più attivo; è il vero interesse d'attualità. I due Codici sardi non furono più espliciti, nondimeno la giurisprudenza si è sempre espressa in questo senso (Corte di Genova, 27 febbraio 1856, Bettini, 1856, t. II, pag. 265; Corte di Torino, 3 luglio 1857, Bettini, t. II, pag. 584. Giurisprudenza francese: Corte di Nîmes, 6 luglio 1812, Corte di Nancy, 5 marzo 1827, Cassazione, 18 febbraio 1852, Dalloz, *Des privilèges et hypothèques*, n° 1804, 1805; *Commentario al Codice sardo del* 1854, vol. 5, part. I, pag. 567).

E poichè è giustamente ammesso che in sede d'esecuzione possono sollevarsi eccezioni di pagamento e di compensazione (Cassazione di Torino, Bettini, 1865, parte I, pag. 800), il terzo possessore supplisce alla negligenza del debitore che non si curasse di opporle.

Grenier (*Delle ipoteche*, parte II, cap. 1, sez. 1, n° 343) ammette in massima il diritto di cui parliamo: *ma è necessario distinguere*, egli dice, *il genere della nullità.* « La nullità « puramente di forma non potrebb'esser op- « posta dal terzo possessore; essa è relativa « al debitore principale, ed è regola che niuno « può eccepire del diritto altrui ». La distinzione del profondo scrittore non è stata accettata dalla giurisprudenza: e basti questo solo, che il precetto essendo notificato eziandio al terzo possessore come cosa che importa alla sua posizione giuridica, il diritto di contraddirlo gli appartiene in tutta la sua estensione.

c) Del diritto di eccepire contro il titolo della condanna del debitore.

Si è disputato in confronto di legislazioni che lasciavano il punto indeciso, se si dovesse al terzo possessore notificar copia del titolo esecutivo che deve per regola precedere l'esecuzione. Disputazioni inutili per noi che leggiamo nel nostro articolo *esclusa la notificazione del titolo esecutivo.* Alcuno vorrà notare che siffatta esclusione, per se stessa poco plausibile, non è all'unisono coll'articolo 2015 del Codice civile, che per la sua importanza convien riferire. « Il terzo possessore, che « ha fatto trascrivere il suo contratto d'acqui- « sto, e che non fu parte del giudizio in cui « venne pronunciata la condanna del debitore, « se questa è posteriore alla trascrizione, è « ammesso ad opporre le eccezioni che non « fossero state opposte dal debitore, purchè « non siano meramente personali al debitore ».

Il terzo possessore a cui sono attribuite le prerogative della perfetta proprietà *è quello che ha fatto trascrivere il suo acquisto:* egli solo ha diritto di esser rispettato come tale. Se *la trascrizione è posteriore alla condanna*, egli è considerato un avente causa o in certo modo assuntario del debito; se anteriore, e non fece parte del giudizio, è un terzo nella più larga e vera accettazione della parola.

È questa una delle migliori pronunciazioni del Codice albertino, che con ottimo senno è stata conservata. Essa ci rende più sensibile quella soverchia facilità del Codice di procedura che dispensò dalla notifica del titolo esecutivo. Che siffatte eccezioni di fondo debbano esser proposte nei *trenta giorni* all'effetto di sospendere il corso della procedura (art. 660), io lo credo fermamente; che pronunziata la sentenza che autorizza la vendita, non possono più sollevarsi, è pure la mia opinione. Ma venuta in tempo l'opposizione, si apre un giudizio nuovo, e cessa l'ostacolo della cosa giudicata.

Qui mi è necessario, a chiarire la materia, scernere varie classi e forme di eccezioni.

1° *Eccezioni che riguardano il pagamento ed altre opponibili al precetto;* e ogni terzo possessore, quantunque non fornito del requisito della trascrizione, può opporle;

2° *Eccezioni personali al debitore;* per esempio, se la moglie non fu autorizzata a stare in giudizio: la legge dichiara formalmente che non competono al terzo possessore;

3° *Eccezioni reali che competevano al debitore,* e non furono opposte; in altri termini non furono eliminate dalla cosa giudicata.

È dunque accordato al terzo possessore *un diritto di supplemento* nella difesa del debitore che non seppe sostenerla come si doveva.

È importante il vedere se il terzo possessore possa non solo opporre una nuova eccezione, *ma eziandio far valere gli argomenti che non furono addotti per dimostrarla, e appoggiarla con mezzi di prova* che non si avevano, o furono trascurati.

In questo esame non si può rivolger gli occhi dalla teoria della cosa giudicata, quantunque subisca da questa legge una modificazione, come vengo a dire. In sostanza è la cosa giudicata che oppongono gli avversarii al terzo possessore, quale avente causa dal condannato. *Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ei qui judicio expertus est.* Insegnò PAPINIANO (Leg. 28 Dig. de except. rei judic.). L'art. 2015 non ispoglia il terzo possessore della sua qualità di *avente causa del debitore;* non lo solleva dal peso della cosa giudicata, dato eziandio il supposto che non sia intervenuto nel giudizio. No; gli fa una posizione speciale: *lo abilita a dedurre le eccezioni non opposte.*

« L'autorità della cosa giudicata, dice l'ar-
« ticolo 1351 del Codice civile, non ha luogo
« se non relativamente a ciò che ha formato
« il soggetto della sentenza ». Qui il *soggetto* è sempre quello. Tizio fu citato da Caio onde pagasse un debito di L. 10,000. Sempronio, terzo possessore, non immuta il soggetto di questo giudizio, non ne crea un nuovo. È abilitato a produrre *eccezioni non opposte,* e con tal'arma minaccia anche l'esistenza della cosa giudicata, nel proprio interesse e pure in quello del preteso debitore, che vincerebbe *illius ope* e col braccio del suo successore.

Ma gli argomenti non sono le eccezioni; la eccezione è un mezzo di diritto atto a respingere l'azione, ed anche distruggerla; gli argomenti sono le vie della dimostrazione. Tizio oppose che nello stesso atto dal quale Caio desume la prova del debito, vi sono condizioni che mostrerebbero non essersi mai verificato il supposto suo debito; ma si è difeso male, ha invocato il patto terzo che non era concludente: se si fosse valso invece di una dichiarazione messa in fine del rogito, molto più chiara e decisiva, avrebbe vinta la causa. Sempronio vuol risuscitare questo argomento e porlo nella luce che merita. Rispondo che non può farlo; *mentre non sarebbe eccezione nuova, ma un argomento nuovo per dimostrarla* concludentemente. Tizio ha opposta la prescrizione ordinaria, e non è riuscito; se avesse posto mente che trattavasi di un debito commerciale, avrebbe invocata la prescrizione speciale a simili obbligazioni, e sarebbe riuscito. Sempronio non è meglio fondato.

Che diremo delle *nuove prove di fatto* che vengono a sostenere un'eccezione che fu bensì elevata, ma cadde per difetto di prova?

Bisogna avvertire che in questa materia è sempre data al buon criterio del giudice una conveniente latitudine, un apprezzamento compatibile col rispetto dovuto alla cosa giudicata. Ancorchè la eccezione sia già stata opposta, tuttavia se il terzo possessore è in grado di fare una prova immediata, certa, incontrastabile della verità di quella eccezione, perchè non dovrebb'essere ascoltato? Tizio disse che il debito era condizionale, ma non lo provò; Sempronio porta il documento; una scrittura di buona fede nella quale fu convenuto o fu dichiarato che il debito non dovrebbe pagarsi se non ad un tale evento che è ancora in aspettazione. Non si giudica del diritto quando manca la prova del fatto: equivale all'*absolutio ab observantia.* Non crederei fossero accettabili prove da farsi; nè a condanna certa contrapporsi un mezzo di prova incerta e possibile.

d) Del diritto di opporre le eccezioni che possono ancora competere al debitore dopo la condanna (art. 2015, capov. 1°).

Se ne fece parola discorrendo delle eccezioni opponibili al precetto. Tali sono le eccezioni di pagamento e di compensazione, chiaramente dimostrate.

e) Del diritto di convolare alla purgazione, malgrado l'iniziato giudizio di spropriazione.

La disposizione è precisa nell'articolo 2041 del Codice civile. Il terzo possessore, che ha fatto precedere la trascrizione, gode un termine di quaranta giorni dalla notifica del precetto; e potrà sospendere il giudizio, notificando al creditore istante e al debitore, *entro i trenta giorni*, la sua volontà di procedere alla purgazione. Il termine non è dichiarato perentorio; ma dopo la dichiarazione d'offerta o la domanda del perito (art. 663), *re* insomma

Digitized by Google

non adhuc integra, il diritto della purgazione, scorsi i quaranta giorni, non potrebbe più esercitarsi. Per liberarsi dovrebbe pagare *tutti i debiti iscritti coi loro accessorii* (articolo 2013 del Codice civile), se è ancora in tempo (articolo 2018).

f) Del diritto di rilascio dell'immobile, e restituzione dei diritti reali.

Il rilascio dell'immobile (articolo 2016 del Codice civile) è un vero e completo abbandono, checchè dica GRENIER (*Des privilèges et hypothèques*, n° 328). Il Codice italiano, sulle tracce dell'albertino, ci mostra che il terzo possessore è immediatamente liberato dalla cura del fondo: è un attore che si è ritirato dalla scena. Vien nominato un amministratore, un vero *dominus litis*, e *contro di esso si faranno* o *si proseguiranno gli atti di vendita secondo le forme stabilite per le spropriazioni* (articolo 2019 del Codice civile).

Per quanto non sia scritto nella legge, il dichiarante deve notificare l'atto di rilascio al creditore istante e al debitore. L'uno e l'altro hanno facoltà di chiedere la nomina dell'amministratore o curatore giudiziale che meglio voglia dirsi.

Col rilascio, l'abdicazione della proprietà è perfetta. Il terzo può *ricuperarla* nonostante adempiendo al prescritto dell'articolo 2018 del Codice civile: e la voce *ricuperare* ben prova che la proprietà era dimessa. Così la legge va porgendo dei ristori al terzo non debitore; e ne protegge la condizione.

« Il rilascio rompe tutti i suoi impegni relativi al possesso », ha detto GRENIER con una di quelle frasi evidenti proprie del suo stile. Le servitù e ogni altro diritto reale ch'egli professava sul fondo, rivivono *juris ministerio;* cessa la confusione o, se vuol dirsi, l'effimero assorbimento che per un tratto si era operato. L'articolo 2017 del Codice civile consacra di nuovo questo principio.

Ma il terzo possessore *è tenuto a rinnovare le ipoteche* già nel proprio nome esistenti? Il Regolamento romano (16 novembre 1834) lo aveva preveduto disponendo (§ 201). « Le iscrizioni delle ipoteche fatte dal terzo « possessore sul medesimo fondo, e *non can-* « *cellate* posteriormente, riprenderanno l'an- « tico grado, *abbenchè nel tempo intermedio* « *allo spirare del decennio non si fossero rin-* « *novate* ».

Il nostro articolo serba un significante silenzio. DURANTON esaminò la questione (n° 279). Premessa, come motivo di dubitare, la osservazione che sembrava in certa guisa ripugnante che il proprietario fosse tenuto a iscrivere sopra se stesso, continua: « Mais la raison de « décider c'est que la confusion n'avait que « des effets résolubles, parceque l'acquisition « n'en avait elle-même que des résolubles par « rapport des créanciers inscrits sur les pré- « cédents propriétaires. Il pouvait et devait « prévoir qu'il délaisserait peut-être l'immeu- « ble, ou qu'il en subirait l'expropriation, et « qu'il ne lui resterait alors par rapport à ces « mêmes créanciers que sa seule qualité de « créancier hypothécaire, ce qui rendrait ap- « plicable à son inscription la disposition de « l'article 2150 », l'obbligo cioè della rinnovazione. Evidentemente la legge italiana si è inspirata a questo principio. Senza ciò si lascierebbe una lacuna, ben pericolosa, nella storia dei passaggi ipotecarii. Non trovandosi più accesa la sua iscrizione, i terzi che in qualunque tempo o prima della trascrizione o dopo il rilascio iscrivessero una ipoteca, si troverebbero ingannati. La nostra legge vuol produrre questo solo effetto; toglier via l'obbietto che potrebbe farsi, della confusione. Il solo caso in cui non sarebbe più tenuto alla rinnovazione, sarebbe quello designato dall'articolo 2003 del Codice civile, ma sarebbe comune a tutti gli altri ipotecarii. Non debbo tacere che, per quanto io abbia esposta la questione nel modo più semplice, in Francia con leggi niente diverse, è stata variamente risoluta. Prevale per altro anche per numero di decisioni, come per autorità di scrittori, l'opinione che io professo come sicura nello stato della nostra legislazione. Nomino fra gli scrittori MERLIN, FAVARD DE LANGLADE, CHAUVEAU, MARCADÉ. Il TROPLONG ha scritto al n° 726 bis (*Des privilèges et hypothèques*): « La Cour de cassation « s'est toujours prononcée sur cette question « *pour l'obligation de renouveler et la déchéance* « *de l'acquéreur* ». La questione per sè assai interessante nel sistema della pubblicità, entrata nel campo delle cose decise, non merita più una discussione. Ma può vedersi la profonda trattazione del TROPLONG al n° suddetto.

Ricordo infine la disposizione dell'art. 2016, capoverso. « Questo rilascio non pregiudica « alle ipoteche costituite dal terzo possessore « e debitamente iscritte ».

3. Qui debbo arrestarmi per non prender troppo nel campo del diritto civile, e finisco con due avvertenze.

a) La trascrizione imposta dall'art. 659 non opera la immobilizzazione dei frutti (*Commentario al Cod. sardo*, vol. 5, part. I, p. 569). Invece il terzo possessore ne diventa debitore giusta l'articolo 2021 del Codice civile che porta al medesimo risultato, di aggiungerne il

valore al prezzo del fondo. Ma *dopo il rilascio* la immobilizzazione deve seguire di diritto. È palese che il terzo possessore non sarà debitore di frutti se nell'intervallo, dal precetto cioè al rilascio, non ne avesse percetti. In tal caso la immobilizzazione è totale.

b) Il diritto di proseguire la esecuzione abbandonata compete a qualunque creditore iscritto, secondo l'articolo 575.

Ciò non è dubbio. Il GRENIER si propose l'interessante quesito, se mercè gli atti fatti da un creditore iscritto, che avevano avuto virtù di far decadere il terzo possessore dalla facoltà di *purgare il fondo*, quel diritto fosse acquisito a tutta la famiglia degli iscritti, e rispose affermando (n° 342). La sua decisione è incontrastabile. Ne consegue ciò che ho stabilito nella proposizione; gli atti si assumono dall'altro creditore al punto in cui furono lasciati, osservando il disposto del citato articolo.

SEZIONE III.

Disposizione comune alle sezioni precedenti.

Articolo 707.

Le formalità stabilite dagli articoli 664, 665, numeri 1, 2, 3, 4, capoversi primo e secondo, e n° 5. in correlazione al disposto degli articoli 145, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, capoverso primo, 673, 674, 678, 679, 680, 681, 682, 689, 690, 692, 706 devono osservarsi sotto pena di nullità.

Annotazioni.

1. Osservazioni preliminari.

La determinazione delle nullità sarà sempre uno dei maggiori scogli, una delle più serie difficoltà di un Codice di procedura. Il Regolamento pontificio se n'era spedito, stanziando nel § 408: « Ogni contravvenzione alla legge « di procedura induce la nullità dell'atto: « quest'atto può essere reiterato, se non sia « scorso il termine perentorio per farlo ». Siamo fra due: o prodigare le dichiarazioni di nullità, o fare ordinamenti che possono anche non osservarsi: l'uno e l'altro è male. Noi siamo in questo secondo caso, e sentiamo gli inconvenienti del nostro sistema; sentiremmo gl'inconvenienti dell'altro, se quello si fosse adottato. Ci avvisa intanto l'articolo 707 che alcune delle prescrizioni che riguardano l'esecuzione immobiliare devono eseguirsi a pena di nullità, ed altre no. A questo punto volgiamo indietro lo sguardo sul processo di esecuzione *mobiliare*, e troviamo che la parola *nullità*, se io mal non lessi, non fu mai pronunciata; dopo ciò potremo proporre un'avvertenza generale.

Poichè l'articolo 707 non colpisce di sanzione irritante la inosservanza o trasgressione dei precetti ordinati alla esecuzione *immobiliare* che solo in parte, si domanda se sia poi vero che tutti gli altri possano impunemente violarsi. Ma l'accorto lettore (perchè io scrivo per quelli che se ne intendono) vede che la domanda si spinge più oltre; se nessuna sanzione di nullità essendo pronunciata a quella moltitudine di prescrizioni che formano il sistema della *esecuzione mobiliare*, possa dirsi lecito il non osservarle.

La solita risposta dedotta dall'articolo 56: *mancando gli elementi essenziali dell'atto*, la nullità non dichiarata dalla legge potrà tuttavia pronunziarsi. Così deve ritenersi in omaggio ad un principio fondamentale di procedura che interamente la domina: del resto se ci fosse difficoltà, sarebbe appunto in quella energica discretiva dell'articolo 707, che essendosi preso il pensiero di distinguere le violazioni che producono nullità, lascia fortemente dubitare dell'impunità delle altre.

È forza che io mi dispensi da troppi particolari, onde lascerò i *due titoli della esecuzione mobiliare* sotto la buona custodia dell'invocato principio. Dirò qualche cosa in ispecie, e con più immediato rapporto al presente articolo.

2. Osservazioni speciali.

Delle nullità che devono pronunziarsi, quantunque non espresse nell'articolo 707.

Il flagello della nullità comincia a percuotere dall'articolo 664 in poi. Ma prima di esso si presentano ben importanti operazioni. Sono

essenziali del precetto la notifica al debitore; il termine a pagare; l'avvertimento che non pagando nel termine, si procederà alla esecuzione; l'indicazione degli immobili. Non si creda che il silenzio dell'articolo 707 abbia attenuata la capitale importanza di simili ingiunzioni.

Io so bene che l'articolo non prende di mira che le *formalità degli atti* (bisogna avvertirlo), e non la omissione totale che, interrompendo la necessaria progressione torrebbe di sotto ai successivi la loro base, onde dovrebbero cadere. Sfugge, per esempio, alla dichiarazione di nullità la violazione dell'articolo 675. Ma che verrebbe se *il tribunale non avesse ordinata la rinnovazione dell'incanto, ribassando il prezzo?* L'attitazione seguente, destituita d'appoggio, non avrebbe sussistenza giuridica: non faceva mestieri alla legge il dichiararlo. Allo stesso ordine d'idee appartiene la violazione delle regole di competenza, che sente il freno di disposizioni che le sono proprie, e quindi non è meraviglia se l'articolo 707 non assume di moderarne le conseguenze. Perciò non si fa cenno dell'articolo 662. Tornando al tema delle *formalità*, cade in acconcio di osservare, rispetto all'articolo 663, che, quantunque non soggetta alla censura del nostro articolo, pure la sua violazione soggiace a nullità. Il creditore, se vuol fare l'offerta secondo quel prescritto, deve farla di *sessanta*, di *trenta volte*, ecc. *il tributo annuo;* se la sua offerta rispettivamente sarà minore, evidentemente il suo atto di offerta è nullo.

I requisiti della sentenza di vendita spiegati nell'art. 685 sono senza dubbio essenziali. Cercate indarno la nullità che consegue dalla loro violazione nell'articolo 707.

Sono forse validi quegli atti che diretti a proporre eccezioni di nullità non si conformassero alle prescrizioni dell'articolo 695? O quell'atto col quale si domandassero *modificazioni e aggiunte alla vendita* (articolo 698), e non si rispettasse *il termine dei quindici giorni prima della udienza stabilita per l'incanto?* Nulla di più inviolabile di codesti termini, che sono i cardini della economia processuale, e valgono ad evitare i più gravi disordini. Si può intervenire in giudizio senza regolare i proprii atti colle determinazioni dell'articolo 699? È forse valido un atto d'appello nella specialità del § 5, non fatto nei tempi e nei modi voluti dall'articolo 703? Eppure siffatte violazioni non sono contemplate dall'articolo 707! (*).

3. *Sul diritto personale di opporre la nullità.*

« La nullità o la decadenza non può pronunziarsi se non vi sia istanza di una delle « parti », dice l'articolo 56. Tacque ciò che era inutile a dirsi, che cioè la nullità non potrebbe allegarsi che da colui che vi ha interesse. Ebbene: *l'intérêt réel, véritable, tel est le meuble qui seul peut faire admettre la nullité attachée à la prescription de la loi* (parole di Persil, relatore alla Camera dei Pari del progetto di legge sulla esecuzione immobiliare nel 1841). Il debitore può proporre tutte le nullità della procedura esecutiva, opinava giustamente Chauveau: in fondo egli è il principale interessato. A che mira tutto questo ammasso di formalità, *se non a migliorare il prezzo della vendita giudiziale?* La legge si studia e suda per far l'interesse del proprietario forzato a vendere. Vi sono anche delle formalità che provveggono alla tranquillità futura, prevengono le molestie che per titoli di guarentigia potrebbero inferirsi all'antico proprietario; *in ogni caso adunque il debitore è fondato ad opporre le nullità.*

In ordine ai *creditori iscritti* lo stesso autore fa una distinzione che io pienamente ammetto. « Ils ont qualité pour demander la nul« lité lorsque de l'inobservation d'une forma« lité il resulte, ou qu'ils n'ont pas été suffi« samment avertis, ou qu'ils n'ont pas été mis « en situation de surveiller la marche de la « procédure, ou enfin que les moyens de la « publicité prescrits pour augmenter le nom« bre et le taux des enchères n'ont pas été « employés » (articolo 715).

(*) Lo stesso lamento faceva al suo tempo il Carré, parlando dell'articolo 717 dell'antico Codice, non dissimulando che la proposta del nuovo articolo 715 non era gran fatto migliore « Pourquoi, egli aggiungeva, ne « procéderait-on par une peine de nullité générale, à « l'exception du tels ou tels cas trop peu importants? « Cette voie serait bien plus sûre ».

CAPO II.

DEL GIUDIZIO DI GRADUAZIONE

Articolo 708.

Nei tribunali, nei quali il bisogno del servizio lo richieda, l'istruzione dei giudizi di graduazione è affidata a uno o più giudici delegati annualmente con decreto reale.

Negli altri tribunali l'istruzione è affidata per ogni giudizio di graduazione ad un giudice delegato dal tribunale con la sentenza, di cui nell'art. 666.

Nel caso di assenza o impedimento del giudice delegato, il presidente lo surroga con decreto da affiggersi nella sala pubblica d'aspetto del tribunale.

Annotazioni.

I tribunali di maggiori affari sono provveduti di un giudice *ad hoc* per le graduazioni; onde si spiega la discretiva dell'art. 666, n° 4, *indicando* o *nominando il giudice*, ecc.

Col nuovo sistema ha dovuto cessare la disposizione che si leggeva nell'articolo 2348 del Codice albertino, che dichiarava tribunale competente quello del distretto *in cui si trova la parte più considerevole dei fondi*. Per implicito necessario il tribunale competente alla graduatoria è quello della subastazione, le cui funzioni cominciano mentre ancor dura il giudizio di espropriazione, come viene a spiegarsi per gli articoli seguenti.

SEZIONE I.

Dello stato di graduazione.

Articolo 709.

Nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando, fatta a norma dell'articolo 668, i creditori iscritti dovranno depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate coi documenti giustificativi.

Durante questo termine, e sino alla trascrizione della sentenza di vendita, i creditori, il debitore e il compratore possono esaminare nella cancelleria le domande e i documenti prodotti.

Annotazioni.

Il sistema dell'ultimo Codice piemontese era questo. Notificata al debitore la sentenza di deliberamento, cominciava il giudizio di graduazione, che ad istanza di qualche interessato si apriva *con provvedimento del presidente del tribunale*. Delegava un giudice e ordinava ai creditori di produrre in segreteria le domande di collocazione coi rispettivi documenti entro il termine di trenta giorni; stabiliva pure un termine alle notificazioni del provvedimento che dovevano eseguirsi a tutti i creditori iscritti. Il certificato delle notificazioni eseguite era prodotto in segreteria; da tale produzione correva il termine dei trenta giorni assegnati dal presidente, ai quali se ne aggiungevano cinque per esaminare gli atti e titoli prodotti. Questo tempo trascorso, il segretario consegnava tutti gli atti al giudice della graduatoria, che dentro quaranta giorni formava lo stato di collocazione. Egli stesso desti-

Digitized by Google

nava la propria udienza nella quale dovrebbe discutersi lo stato con un termine abbastanza congruo, onde i creditori o i loro procuratori potessero prenderne cognizione e dedurre le loro osservazioni nella udienza assegnata. Ed ivi *erano fissati i punti di questione* da riferirsi al tribunale: e ogni cosa si faceva risultare da un processo verbale. Il tribunale omologava lo stato di graduazione con quelle variazioni che stimasse opportune. Non essendovi appello, erano spedite dal segretario ai creditori utilmente graduati le note di collocazione, che munite della vidimazione del giudice, avevano virtù di titolo esecutivo contro il deliberatario che doveva pagare il prezzo (articolo 849 e seg.).

L'ordinamento napoletano non differiva sostanzialmente che nella podestà ivi attribuita al giudice commissario di definire la graduatoria, qualora non sorgesse controversia.

Il nostro legislatore ha avuto cura di accelerare l'apertura del giudizio di graduazione, decretando che i creditori iscritti dovrebbero *depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione coi documenti giustificativi*, nel termine di trenta giorni *dalla notificazione del bando.*

Così due operazioni proseguono simultanee; i creditori nella sicurezza che il fondo sarà venduto, chiunque sia per esserne il compratore, si provveggono in tempo producendo i loro titoli: resta agl'interessati un tempo ben congruo per esaminarli. Utile riforma!

Per essa è avvenuto altro cangiamento notevole nella procedura. La introduzione del giudizio di graduazione, o d'ordine, come dicono i Francesi, non è più opera di parti, soggetta a contestazioni; è opera della legge, *nasce dalla legge.* Finito il procedimento esecutivo, trascritta la sentenza di vendita, e colla trascrizione postovi l'ultimo suggello, il cancelliere si trova in mano il complesso dei documenti; non occorre istanza; ma egli d'ufficio trasmette le carte al giudice che già era stato delegato colla sentenza che autorizzò la vendita. È ciò che prescrive il seguente articolo.

Articolo 710.

Nei cinque giorni successivi alla trascrizione della sentenza di vendita, il cancelliere deve consegnare al giudice delegato per la graduazione

1° Il certificato delle ipoteche iscritte sopra i beni immobili venduti;

2° Il certificato della trascrizione della sentenza di vendita e quello dell'iscrizione dell'ipoteca legale a favore della massa dei creditori;

3° L'estratto della sentenza di vendita contenente l'importare del prezzo della medesima;

4° Le domande di collocazione coi documenti.

Articolo 711.

Il giudice delegato, nel termine di giorni quaranta dalla consegna fattagli, deve formare lo stato di graduazione, e depositarlo nella cancelleria.

In fine dello stato stabilisce il giorno e l'ora in cui le parti devono comparire avanti di lui, nel termine non minore di giorni venti, e non maggiore di trenta successivi al deposito suddetto.

Annotazioni.

Il giudice delegato deve formare lo *stato di graduazione.* Quali criterii gli vengono porti dalla legge e dalla ragione giuridica?

Il Codice di procedura non propone più quei canoni direttivi della graduazione che furono a lui affidati in altri tempi. Si è stimato con ragione di doverli trasportare fra le nozioni di diritto. Ma il nostro discorso sarebbe monco e sconnesso, se fossero da noi dimenticate codeste attinenze onde le due legislazioni si collegano fra loro. Quindi ho in animo di deporre in questa nota alcune idee fondamentali che potranno anche valere alle successive applicazioni.

1. *Dell'apertura del giudizio di graduazione.*

Nel passato sistema di cui si è toccato nella nota del precedente articolo, *il giudizio di graduazione era aperto* dal momento che la *ordinanza del giudice commesso* era stata notificata a tutti i creditori e pubblicata: da

quel punto cominciava a decorrere il termine alla esibizione dei titoli per le collocazioni. Quel punto di partenza è mutato. Lo abbiamo visto trasportato alla *notificazione del primo bando venale* (articolo 668): così *è aperto il giudizio di graduazione* a tutti i creditori, *ministerio legis.*

L'effetto semplice e necessario dell'*apertura* è la facoltà di domandare la collocazione, sotto la osservanza del termine che vi è annesso.

Vedremo nelle note seguenti che, ad altri effetti, la teoria ha dovuto modificarsi in conseguenza del cangiamento legislativo.

2. *Della parte assunta in questa materia dal Codice civile: osservazioni di legislazione comparata.*

Tre sono le regole stabilite negli art. 2090, 2091, 2092.

Regola 1ª. — Riscatto di rendite perpetue; esigibilità dei crediti non ancora scaduti.

La Legge di brumaio, anno VII, facendo abilità al deliberatario di assumere i pesi del fondo, di accollarsi le rendite passive, d'imporsi i debiti eventuali col ritenere il prezzo corrispondente, non ammettendo insomma che in parte la teoria della esigibilità, aveva creata una condizione anomala: non guidata da un principio certo, ebbe ben presto la disapprovazione della pratica. Il Codice Napoleone eziandio in tema di purgazione, nell'art. 2184 inaugurò il principio dell'assoluta esigibilità. In Piemonte il R. editto ipotecario nell'articolo 142, il Codice civile nell'articolo 2349, vi diedero espressa e successiva conferma. Ciò in massima: come poi si rendeva di sovente necessario provvedere con prudenti surrogazioni e cautele ad una situazione che non aveva più attinenza colle previsioni contrattuali, l'articolo 838 del Codice di procedura del 1854, cui fece seguito l'articolo 866 di quello del 1859, dettavano regole e norme, anche pel caso che si credesse di mantenere sul fondo il censo o la rendita con accollazione al compratore.

Ora discorrendo della prima regola, vedesi la esigibilità dei censi e rendite perpetue ristabilita nella sua pienezza. Con ciò si volle far omaggio, io lo credo fermamente, ad un principio superiore, a quello della libertà fondiaria. Sempre proclive la nostra legge alla liberazione dei fondi, impone al creditore il riscatto che è obbligato ognora a subire per volontà del debitore. Si ottiene nello stesso tempo l'altro vantaggio, di semplificare mirabilmente l'operazione della graduatoria. La esigibilità dei crediti *in diem*, e non ancora scaduti, muove da questo secondo riflesso: un concorso di creditori universale o particolare non può avere altra base: è per questo che si rendono esigibili anche i debiti non iscaduti alla dichiarazione del fallimento. Ma la *esigibilità* non è sempre la *esazione;* ciò vedremo più avanti.

Regola 2ª. — Separazione e impiego di una somma i cui interessi corrispondano alla rendita o prestazione vitalizia.

Una limitazione è aggiunta nell'art. 2090 « eccetto che i creditori posteriori eleggano « di cautelarne efficacemente il pagamento in « altro modo ».

È noto che il sistema della purgazione della rendita vitalizia ha trovato contraddittori. Valeva per essi la ragione che il creditore di un canone vitalizio non può essere costretto alla risoluzione del suo contratto. Ciò è vero: ma la collocazione assicurata di una somma atta cogl'interessi che rende a pagare il censo vitalizio, è una misura legale a cui il creditore non ha diritto di opporre. La legge si è pronunziata sul mezzo dell'investimento, *la somma sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali.*

Pothier, prevedendo che il creditore non avrebbe voluto ricevere la somma che gli si offeriva, e che non poteva esser più quella del suo capitale originario, mentre le probabilità della vita si erano venute logorando col tempo, suggerì questo spediente, che le legislazioni susseguenti hanno adottato (*Du contract de constit. de rente*, chap. VIII, nº 231). Esso, come ha detto Troplong, concilia tutti gli interessi.

È manifesto che questa somma va sottratta al godimento dei creditori posteriori, ai quali ricade, estinto il vitalizio.

Qui sorgono alcuni dubbi, che tocchiamo di volo.

a) Contro chi avrà azione il creditore per esigere la rendita, non effettuandosi la collocazione indicata dalla legge?

Se un creditore ipotecario assuma la canzione, esso pure si costituirà debitore personale. Ne ha ricevuto il corrispettivo nel prezzo che ha ritirato dal deliberatario. Lo stesso si dirà del deliberatario che, coll'autorizzazione del tribunale, si accolli il debito trattenendo parte del prezzo.

b) Se il deliberatario abbia diritto di trattenersi la somma del capitale destinato al servizio della rendita.

Quanto al deliberatario, la sua posizione è la seguente.

Diritto al fondo libero, pagando il prezzo. Niuno può imporgli dei pesi: in altri termini, la *purgazione del fondo è di diritto.*

Proponendosi dallo stesso deliberatario l'ac-

collazione del censo vitalizio, gli potrà essere accordato, rimanendo iscritta la ipoteca sul fondo. Gli potrà essere accordato, ma col consentimento dei creditori; e semprechè gli stessi creditori non offrano altri equipollenti, giusta la facoltà che hanno dalla legge (*).

Da chi ha trattato questo punto (CHAUVEAU, quest. 2604 ter) si è additata una sentenza della Corte di Bourges del 25 maggio 1827, che pose come diritto del deliberatario tenere in proprie mani la somma rispondente a quella della iscrizione ipotecaria, *dalla quale non può liberare il fondo acquistato.* Ciò sussistendo, la decisione sarebbe giusta. Ma per le nostre leggi è fermo che, col deposito nella cassa legale, l'acquirente si libera dall'ipoteca.

c) *Se la facoltà accordata ai creditori dall'articolo 2090 del Codice civile sia collettiva o individuale.*

Io adotto volontieri la risoluzione della Corte di Parigi del 16 agosto 1815: *non doversi l'azione considerare collettiva.* Tanto più si conviene in questa massima, riflettendo che non è poi cosa facile che molti creditori si pongano d'accordo nella guarentigia da proporsi nella distribuzione dei profitti. In tal caso questo creditore assuntario dimette gli altri creditori nella proporzione dei loro diritti; e giova a tutte le parti interessate.

d) *Se il diritto del vitaliziario possa estendersi oltre l'importare delle somme che avanzano dal pagamento dei creditori anteriori.*

Non mi parrebbe un quesito serio se la grave autorità del DALLOZ, congiunta a quella di alcune Corti francesi, non lo avesse fatto tale. Già l'acuto GRENIER, n° 186, aveva, coll'annunciarla, dimostrata la proposizione: che il creditore non può pretendere altra corrisposta annua fuor quella che risponderebbe alla somma capitale che sopravvanza al soddisfacimento dei creditori anteriori. Lasciamo parlare il TROPLONG. « Le rentier n'a droit « que à des rentes; et ces rentes doivent être « proportionées au capital. Lorsque l'immeuble « hypothéqué est convorti en prix; et qu'il est « reconnu que cet prix ne peut suffire au ser« vice de la rente, il est souverainement injuste « que le rentier prétende de faire sortir l'in« tégralité de sa rente d'un gage trop peu con« sidérable pour le servir. C'est tant pis pour « lui s'il s'est contenté d'une hypothèque illé« gale; et il doit être repoussé quand il vient « compromettre la sort des créanciers posté« rieurs et consommer à leur préjudice des « capitaux qui leur appartiennent, sauf la « rente à laquelle il a droit, mais seulement « en proportion du produit de ce même ca« pital » (*Des privilèges et hypothèques*, n° 959 quat.).

Regola 3ª. — La ipoteca di crediti eventuali e condizionali non impedisce la distribuzione ai creditori posteriori, data cauzione occorrendo.

È una collocazione *per memoria*, come la chiama TROPLONG (n° 959 ter).

L'articolo 867 del Codice di procedura del 1859 si spiegò con una parafrasi non inutile, e che giova ancora rammentare: « Pei crediti « privilegiati od ipotecarii, certi nella sostanza, « ma indeterminati nella quantità, o dipen« denti in tutto o in parte da condizioni od « eventi incerti, come molestie, evizioni, com« pensazioni, contabilità non liquidate e simili, « avrà luogo la collocazione del creditore in « genere, che verrà poi coll'evento accertata; « ma ciò non impedirà il pagamento dei cre« ditori posteriori, mediante loro sottomis« sione, con cauzione di rappresentare, ove « occorra, le somme che esigeranno ».

Queste parole potevano servire di commento anticipato all'articolo 2091 del nostro Codice civile. Per esse è fatto anche più chiaro il significato di quella formola: « semprechè questi diano cauzione di *restituire all'occorrenza le somme dovute* »; onde si dimostra che la cauzione è indispensabile: non rimane incerto fuorchè se vorrà il caso di usarne.

Regola 4ª. — Pagati i creditori privilegiati e ipotecarii, la parte di prezzo che sopravvanza sarà distribuita per contributo agli altri creditori comparsi o restituita al debitore.

I creditori chirografarii sono invitati a raccogliere le reliquie della mensa largamente imbandita agli ipotecarii. Ma non è propriamente per loro che la graduatoria si apre: l'articolo 709 non parla e non poteva parlare che dei creditori ipotecarii. Se il termine dei trenta giorni non è assegnato ai chirografarii, ebbe torto PIGEAU di sostenere che dopo questo termine rimangono esclusi (*Commentaire*, tom. II, pag. 429). È un grave riflesso, che i rigori usati cogli ipotecarii, i termini più o meno perentorii che loro s'impongono, sono causati dalla necessità di esaminare i titoli, la posizione rispettiva, e statuire con un disegno complessivo e armonico sulla sorte dei

(*) Se l'accollazione fosse di diritto, la permanenza dell'ipoteca sul fondo potrebbe produrre imbarazzo ai creditori posteriori.

loro crediti. I creditori chirografarii stendono la mano, ognuno riceve la parte che gli spetta in linea di contributo: non si ha mestieri di formare un lavoro che qualche volta inchiude la soluzione dei più ardui problemi di diritto.

I creditori chirografarii, vaganti fuori della famiglia degli iscritti, *intervengono* comprovando i loro crediti giudicati, o almeno liquidi e incontestati; *intervengono* quali terzi, che non fanno parte essenziale di un giudizio di esecuzione immobiliare e del giudizio d'ordine che ne consegue. Dimostrati creditori, hanno legittimo interesse, osservava CHAUVEAU (questione 2566, n° 4), di contrastare il passo agli ipotecarii, di combattere i loro titoli non giustificati, le loro iscrizioni irregolari: questa è la dottrina del citato autore, che mi par vera. Una decisione della Cassazione francese del 10 aprile 1838 (*Journal Av.*, t. LV, pag. 488) ritenne che prima della *chiusura definitiva* il chirografario poteva sempre essere ammesso.

3. *Se un creditore ipotecario che ottenne collocazione in un giudizio d'ordine possa concorrere in un altro giudizio d'ordine.*

Tizio ha ipoteca generale su più fondi, e ipoteca speciale sur un dato fondo. Egli è stato utilmente collocato per la sua ipoteca generale; indi domanda collocazione per la sua ipoteca speciale sopra quello che gli è nominatamente obbligato. Sarà ammesso?

Una questione simile, e per noi anche più interessante, è quella del simultaneo concorso di Tizio, creditore speciale sopra più immobili, che, collocato in un giudizio d'ordine, concorre e insinua la sua domanda in altro giudizio d'ordine, che supponiamo pendenti avanti tribunali diversi.

Oscillante in pratica, mal fermo in teorica, questo punto di diritto giudiziario può essere ritirato a' suoi principii. La ipoteca è una cautela estesa: se abbraccia più corpi distinti, mantiene simultaneamente la sua efficacia sovra tutti e sovra ciascuno. Supponiamo che ognuno dei corpi ipotecati sia venduto all'asta pubblica, trasportandosi le ipoteche sul prezzo onde poi nasce il giudizio d'ordine. L'ipoteca che stava sul fondo in condizione d'inerzia, tende a realizzarsi e a convertirsi in soddisfacimento; e il bisogno di far valere questo diritto si suscita contemporaneamente in ogni luogo dove si apre una graduatoria fra i concreditori ipotecarii. L'esercizio corrisponde all'attitudine che aveva il gius della ipoteca nel suo stato di semplice cautela. Onde è palese, che il creditore, chiamato, concorre in ognuno dei giudizi d'ordine, che equivale all'uso pieno e completo del suo diritto, dal quale può promettersi il perfetto e sollecito soddisfacimento de' suoi crediti.

Ne segue che la domanda di collocazione che egli abbia fatto in uno di codesti giudizi, non gli vieta di proporla negli altri che si vengono succedendo. Non gli si può opporre *una via electa*, perchè non è attore, perchè non agisce spontaneo, ma *ad sua tuenda jura;* perchè minacciato di danno ad un tempo, e in più parti, ha diritto di dar fuoco a tutte le sue batterie, se la figura non vi dispiace. È un vero *jus defensionis* che non può essere commisurato e ristretto.

Non gli può neppure essere opposta una collocazione anteriore ed utile; poichè la collocazione è la via del pagamento, e potrà anche condurvi; ma non è il pagamento nè la certezza assoluta di conseguirlo (*).

Questa per me è la teorica, questa la regola che permette al creditore ipotecario la libertà dell'esercizio rispondente alla estensione della sua ipoteca; ma non vi è assolutezza di teorica rimpetto alla giustizia moderatrice di tutti i mezzi d'azione, che, quantunque protetti dal diritto, si mostrano soverchianti di fronte al risultato che per essi si vuole e si deve ottenere.

Se il portarsi da una collocazione ad un'altra nei diversi giudizi che supponiamo simultanei, fosse per se stessa la rinunzia alla precedente domanda, si comprende che la questione non avrebbe più la stessa importanza; ma la rinunzia non è sempre la conseguenza di tale passaggio e del molteplice esercizio (**); è probabile, e sarà questione di fatto, che voglia il creditore rinunziare alle anteriori collocazioni; ma se è cauto di premunirsi di una riserva, la rinunzia non potrà argomentarsi.

Certamente la facoltà che noi riconosciamo nel creditore ipotecario, ha la sua base ragionevole nel più facile e più sicuro conseguimento del fine, la realizzazione del credito. Ma cesserebbe se la realizzazione fosse ottenuta, o prossima ad ottenersi, chè in questo caso *idem est*. Se il creditore fosse già in possesso del mandato di esigere, se il prezzo è

(*) « La collocation en ordre utile... ce n'est qu'une « simple indication du paiement; n'opère ni novation, « ni libération du débiteur originaire » (CHAUVEAU, quest. 2337 quinque).

(**) Quindi potremo avere distinte contemplazioni contemporanee, totali, senza riguardo ad altre, per un credito solo.

depositato, se non vi ha pericolo di contestazione o d'appello; le sue insistenze per essere collocato in altra graduazione a detrimento dei creditori rispettivi, non sarebbero giustificate dall'interesse; ma la prova esclusiva dell'interesse dovrebbe risultare evidente, militando, come dissi, pel creditore ipotecario, la regola che, insoluta la ipoteca, si può dappertutto esercitarne il diritto. Così ritennero i più moderni e savii nostri scrittori (*Commentario del Codice sardo*, t. v, part. i, pag. 592, 593), e le decisioni delle nostre Corti (Betini, 1850, tom. ii, pag. 661, 1856, t. ii, pag. 297), ed è materia che di sovente si riproduce, governata dalle varie e indefinibili posizioni dei fatti.

È palese che il pagamento che sopra uno od altro prezzo consegne il creditore, fa svanire ad un tratto le complicazioni e il pericolo del suo importuno concorso.

Non è dubbio che la maggior concentrazione di tali giudizi non sia cosa utile alla giustizia: onde la legge se ne dà cura, e la favorisce per quanto può; ma abbiamo altrove mostrato che la desiderata unità non è possibile, e sfugge alle più sapienti previsioni.

Intanto, *che farà il giudice delegato* che forma il primo disegno o progetto di graduazione? *Mai non appartiene a lui respingere un creditore, sotto specie che esso abbia ottenuto collocazione in altro concorso.* Sarà un punto di questione fra quelli che devono riferirsi al tribunale (articolo 713).

4. *Effetti utili della domanda di collocazione.*

1° Interrompe la prescrizione;

2° Fa decorrere gli interessi.

Ha il valore perciò di una domanda giudiziale; ancorchè, esistendo il credito, non si ottenesse il pagamento per difetto del prezzo.

Articolo 712.

Il cancelliere deve immediatamente far notificare con biglietto il deposito dello stato di graduazione, e il giorno e l'ora stabiliti dal giudice ai procuratori del debitore e dei creditori comparsi, i quali, nel termine stabilito a norma del capoverso dell'articolo precedente, possono esaminarli nella cancelleria, prenderne copia, proporre le loro osservazioni, eccezioni e istanze, e produrre anche nuovi documenti, nel modo indicato dall'articolo 709.

Questa notificazione deve farsi anche al compratore.

Annotazioni.

Ogni creditore che comparisce, in obbedienza dell'articolo 666, n° 5, costituisce procuratore. Si tratta di un giudizio di tribunale, bisogna ricordarlo: la legge non ebbe d'uopo di ripetere la determinazione dell'articolo 156. La costituzione si farà nell'atto stesso della produzione dei titoli, se non si fosse precedentemente fatta; in mancanza la domanda di collocazione non sarebbe nulla; ma il creditore sarebbe privato del diritto di notificazione, che in questo articolo è limitata ai *procuratori del debitore e dei creditori comparsi*, mentre si eseguisce al compratore *personalmente* (*Commentario al Codice sardo*, tom. v, part. i, pag. 598).

Articolo 713.

Nel giorno e nell'ora stabilita, le parti sono sentite nelle loro osservazioni, eccezioni e istanze. Il giudice delegato determina le questioni da riferire al tribunale. Si fa processo verbale, nel quale è pure stabilita l'udienza per la spedizione della causa.

Articolo 714.

I creditori che compariscano dopo il deposito nella cancelleria dello stato di graduazione, e prima che sia cominciata la relazione della causa all'udienza, sono collocati secondo il loro privilegio od ipoteca, ma soggiacciono senza ripetizione a ogni spesa di produzione e notificazione, e a quella della collocazione dei loro crediti, e del rinvio della causa cui dia luogo la loro comparizione tardiva.

Cominciata la relazione della causa, non sono più ammesse domande nuove di collocazione, nemmeno in grado di appello, salvo che siano proposte da creditori, ai quali il bando non sia stato notificato a norma dell'articolo 668.

Annotazioni.

1. Il termine di trenta giorni assegnato ai creditori nel n° 5 dell'articolo 666 non è osservabile a pena di decadenza.

Ben poche procedure hanno usata severità coi creditori che reclamano, generalmente parlando, un diritto sacro e della maggiore importanza, tratte dal pensiero di non iscompigliare il lavoro del giudice graduatore (*). Secondo il sistema francese, si può comparire finchè il giudizio d'ordine *non sia definitivamente chiuso*. La *chiusura della graduazione* è la virtuale distribuzione del prezzo, comunque la materiale non sia peranco seguita. In quei sistemi che ammettono l'*omologazione*, è questo l'ultimo stadio del processo di graduatoria: il creditore ipotecario che non fosse comparso prima della sentenza di omologazione, sarebbe inesorabilmente escluso dal concorso. Egli non potrà dolersi che di se stesso.

In Piemonte le discussioni che precedettero il Codice del 1854, partorirono l'articolo 834, che, in caso d'appello e di riforma dalla prima sentenza, faceva agio ai creditori non comparsi innanzi di presentarsi al *giudice commesso*, che dovrebbe compilare il nuovo progetto di graduatoria in conformità della decisione della Corte, entro gli otto giorni a questo effetto assegnati. Soverchio e irragionevole favore che rinfrescava con nuove controversie una lite che doveva ritenersi finita; permetteva di alterare lo stato delle cose giudicato dalla Corte; dava luogo a nuovi appelli. Onde sino dal Codice del 1859 questa disposizione venne soppressa.

2. *Se il creditore ipotecario che non è concorso e non ha prodotto i proprii titoli, abbia nonostante qualità per opporre eccezioni, la inesistenza, l'estinzione totale o parziale di alcuno dei crediti pei quali si è chiesta collocazione.*

Giusta il nostro articolo, *cominciata la relazione della causa, non sono più ammesse domande nuove di collocazione, neppure in appello*. Pietro, creditore ipotecario, non ha fatto le sue produzioni, e non può più essere considerato fra gli ipotecarii. Per altro, tal è la condizione delle cose, che se Paolo, ipotecario, che è stato più di lui diligente, dovesse cadere dalla sua domanda, Pietro finirebbe col non risentire alcun danno dalla propria negligenza. Il prezzo è di lire 1000. Vi è un primo e incontrastato creditore per lire 200. Poi viene Paolo col suo preteso credito di lire 800. Il concorso si è chiuso con questa graduazione. Se la eccezione di Pietro rimane vittoriosa, a lui considerato anche quale semplice chirografario, la somma ricade. La sua tattica è dunque nel respinger Paolo; la sua eccezione *de non recevoir* non può confondersi colla petizione di prender posto nel giudizio d'ordine.

Questa bella questione fu esaminata in un consulto di quei maestri in procedura, che furono CARRÉ, TOULLIER, JUMEALIS e GRIVART, e risoluta per l'ammissione. Essi, insieme al CHAUVEAU, che approva la decisione (qu. 2564 ter), ci ammoniscono di una sostanziale differenza che bisogna aver presente. Se quel creditore ipotecario decaduto contrastasse la legittimità e regolarità del giudizio d'ordine, non sarebbe ascoltato; egli non avrebbe qualità. Alla eccezione che mira ad escludere un credito prescritto, pagato, non regolarmente iscritto, proposta da chi si appoggia in un legittimo interesse per le conseguenze che sono per derivargliene, non può mai esser venuto meno il tempo. « Le bon sens et la justice « (scrissero quei consulenti) disent que pour « réclamer une créance *il faut absolument être « créancier* ». Trattavasi di una confessione di pagamento che si opponeva al sedicente creditore ipotecario: rigettare la eccezione, quasi *de non jure excipientis*, avrebbe prodotta una sì strana ingiustizia, che basta a dimostrare la necessità di questa teorica.

3. *Effetto della non produzione in tempo debito rispetto al creditore ipotecario escluso dalla collocazione.*

Nel bene e nel male il risultamento è così esposto dal CHAUVEAU: « Les effets consistent « en ce que le créancier forclos ne peut plus « troubler les collocations admises, et qu'il doit « subir l'ordre tel qu'il a été fait en son « absence; mais cette déchéance, qui n'a point « d'autre objet, laisse intactes son hypothèque « et son inscription *qui continuent d'affecter*

(*) Il § 1371 del Regolamento pontificio 10 novembre 1834 riteneva *come non avvenute le opposizioni alla consegna sul prezzo* prodotte dopo l'*opinamento*. Il Codice di Parma era anche più rigoroso (art. 895).

« *les sommes non absorbées par les bordereaux* « *de collocation* de tel sorte, que, quoique for« clos de l'ordre, *le créancier non produisant* « *prime encore les créanciers chirographaires* » (quest. 2576 ter).

Questa massima, da più decisioni consacrata, è di gran momento; onde si vede che su quello che si chiama *fondo restante*, si opera in certo modo un altro giudizio d'ordine fra gli ipotecarii non collocati e i semplici chirografarii, pei quali soltanto la distribuzione è fatta per contributo (*). Ogni iscrizione, pagato dal deliberatario il prezzo, dev'essere cancellata (articolo 720); ma dura intanto la iscrizione del creditore non collocato, e fa sentire la sua efficacia attuale in confronto del chirografario.

4. Il creditore che per mezzo del suo procuratore si presenta all'udienza, domandata la parola prima del cominciamento della relazione, può ottenere la sospensione e il rinvio, soggiacendo alla penalità delle spese ordinate in questa legge.

Articolo 715.

Qualunque creditore di un creditore interessato nel giudizio di graduazione può intervenirvi, sia per far valere e conservare le ragioni del suo debitore, sia per essere collocato sulla somma che spetti al medesimo.

A questo effetto il giudice delegato, formato lo stato di graduazione dei creditori diretti, forma quello dei loro creditori.

L'importare della loro collocazione di ogni creditore è distribuito come il prezzo di cose mobili.

Annotazioni.

1. Dopo la graduazione degli ipotecarii, si forma un giudizio, chiamato di *sott'ordine*, secondo, e per gli effetti di questo articolo.

Il creditore *interessato nella graduatoria* è quello che è per trarne profitto; ma deve intendersi in questo caso dei *creditori ipotecarii?*

L'articolo 778 del Codice di procedura francese dice invece: « Tout créancier pourra « prendre inscription pour conserver les droits « de son débiteur; mais le montant de la col« location des débiteurs sera distribué, comme « chose mobilière, entre tous les créanciers « inscrits ou opposants avant la clôture de « l'ordre ».

Per quanto questa disposizione sembrasse restringere il subconcorso ai creditori che prendevano iscrizione sulla iscrizione del loro debitore, ossia ipotecariamente la vincolavano col subingresso, non si tardava però a scorgere ch'essa non costituiva che una facoltà; e supponeva che il creditore del creditore si fosse cautato nel miglior modo possibile. Nondimeno anche creditori non succeduti nella iscrizione si ammettevano; e la forza di questo articolo del Codice francese era piuttosto diretta a determinare uno de' suoi effetti, mediante il quale fu posto fine a varie questioni che si agitavano in Francia. L'effetto cioè di un'ammissione per *contributo* senza riguardo a chi avesse o no presa iscrizione, e in qual tempo l'avesse presa.

Negli studii preparatorii del Codice del 1854 apparve ciò che vi era di soverchio e d'imbarazzante in quella legge francese; e si adottò una locuzione più comprensiva, che ha meritata la conferma delle legislazioni posteriori.

L'articolo 715 si manifesta con due scopi distinti: 1° *Conservare le ragioni del debitore;* 2° *Essere a lui surrogato nella parte di prezzo che gli è dovuta.* Il creditore del creditore *è un terzo* e un volontario interveniente, secondo l'articolo 201, che nei giudizi sommarii gli concede spazio *finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza.* L'intervento si domanda; ma il tribunale, se ne sia il caso, lo ammette all'udienza medesima (**).

Non è stabilito termine nell'art. 715, il cui tenore potrebbe far ritenere che il *creditore del creditore collocato* non dovesse poi soprastar tanto da non lasciare quasi più tempo al *giudice delegato* di formare il secondo ruolo che il capoverso del nostro articolo gl'impone di fare. L'interveniente nondimeno è favorito da due testi onde poter concludere che gli ba-

(*) « Il contributo consiste nel sottoporre ciascuno dei creditori ad una perdita proporzionale alla quantità dei crediti rispettivi » (§ 1375 del Regolamento processuale romano).

(**) L'interveniente *domanda la parola* in causa ove non è chiamato. La domanda per mezzo di procuratore autorizzato. In questa qualità di giudizi il decreto può pronunciarsi immediatamente, e risultare dal verbale d'udienza. Nei giudizi d'ordine non si dà intervento necessario.

sta di anticipare sulla *relazione della causa all'udienza:* e sono i citati articoli 201 e 714. Quest'ultimo può invocarsi da lui con ragione anche più forte: 1° Perchè se i creditori ipotecarii, la cui comparsa dissesta tutto il lavoro del giudice delegato, sono ammessi sino a quel punto, malgrado i lunghi termini assegnati, molto più lo dovranno essere i creditori che non hanno altra pretensione che dividersi il restante del prezzo; 2° Perchè lo *stato di graduazione* che li concerne è naturalmente posteriore a quello dei creditori diretti.

La difesa che il creditore assume *per conservare le ragioni del debitore* non è accompagnata *ex necesse* dalla domanda di surrogazione nelle sue ragioni. Può avere una vista più remota. Vi sono dei creditori inerti, forse perchè sanno che il profitto sarà da altri raccolto; il loro creditore potrà prendere per essi o mantenere la loro iscrizione, vincolarla al proprio credito; ma d'ordinario ha lo scopo immediato di esser pagato su quel credito. Ma ove non subentri, per cessione, nell'ipoteca del suo debitore, e non eserciti che questa vera sequestrazione sulle somme a quello dovute, creditore ipotecario non è: la sua azione non è reale sul fondo o sul prezzo che lo rappresenta; per conseguenza non vi ha diritto di prelazione fra tali concorrenti.

2. *Il secondo stato di graduazione sarà redatto colla stessa forma e rito del primo e negli stessi termini?* (articoli 711, 712, 713).

Il progetto del giudice delegato, comunque in due parti diviso, può esser uno, se gli siano forniti in tempo i materiali opportuni: può il secondo ruolo esser materialmente separato dal primo, quando i creditori dei creditori siano giunti tardi. In quel caso il metodo è unico; e ciò che la legge adotta pei creditori ipotecarii, potrà esser reso comune al chirografarii o ai creditori dei creditori sì nei termini che nei modi. Nell'altro caso non essendo prescritte regole, e non essendovi pari ragione per ripeter quelle che al concorso degli ipotecarii sono statuite, si procede più semplicemente. Il giudice delegato, chiamate a sè con invito di cancelleria le parti interessate, giusta l'articolo 713, fissate le questioni e ogni cosa consegnata al processo verbale, indicherà l'*udienza per la spedizione della causa.*

Articolo 716.

All'udienza stabilita il tribunale, udita la relazione del giudice delegato, e sentite le parti, pronunzia sulle questioni determinate dal giudice, e sulle altre che siano proposte, e omologa lo stato di graduazione colle variazioni che giudichi necessarie.

Coloro che abbiano proposto all'udienza questioni che avrebbero potuto proporre davanti il giudice delegato, sono condannati nelle spese maggiori cagionate dalle loro domande ed eccezioni tardive.

Nella sentenza di omologazione il tribunale tassa, sopra nota fatta dal cancelliere, le spese del giudizio di graduazione, che sono collocate prima di ogni altro credito; pronunzia la decadenza di tutti i creditori non comparsi; ordina la spedizione delle note di collocazione ai creditori utilmente collocati, e la cancellazione delle iscrizioni di quelli non collocati in grado utile, o che non abbiano prodotto i loro titoli, il tutto riguardo ai beni il cui prezzo cade nella graduazione.

La nota delle spese anteriori alla spedizione della causa, da farsi dal cancelliere, deve essere depositata nella cancelleria almeno ventiquattro ore prima dell'udienza anzidetta, e le parti possono farvi le loro osservazioni per iscritto, o anche verbalmente all'udienza.

Annotazioni.

1. Il tribunale risolve le questioni proposte dal giudice delegato; risolve le nuove che sorgono all'udienza: mancando a tali doveri, la sentenza sarebbe cassabile. Supplisce d'ufficio, e senza bisogno d'istanze e conclusioni, alle imperfezioni del progetto, indaga la verità, e nella sua sapienza provvede.

2. La disposizione del primo capoverso sta in relazione coll'articolo 714. Il creditore potrà difendersi da questo aggravio di spese, mo-

strando di non essere stato citato, regolarmente notificato, ecc. (CARRÉ in CHAUVEAU, quest. 1565).

3. *Sul procedimento.*

L'udienza *è stabilita dal giudice delegato* (articolo 713). Non si ha obbligo di notificare il processo verbale; ma la parte più diligente citerà tutti gli interessati all'udienza stabilita con atto di procuratore, intimando il decreto del giudice: i documenti che hanno servito di base al lavoro del graduatore, insieme a questo, sono dal cancelliere trasferiti al banco del tribunale.

Il *procedimento sommario* fu già dato per regola dall'articolo 573: ha pure la sua piena applicazione l'articolo 574.

4. *Forma della sentenza.*

L'articolo 361 specifica le nullità delle sentenze: poi dall'ordinamento contenzioso passando all'esecutivo c'incontriamo in procedure eccezionali, proporzionate a certe combinazioni, che si direbbero straordinarie; abbiamo delle sentenze alle quali o non potriano del tutto applicarsi le discipline dell'articolo 361, o qualche altra nullità di una specie particolare vi si aggiunge. La legge però non ci conforta con veruna disposizione applicata alla mutata indole degli atti: siamo costretti a supplirvi colla nostra ragione o con qualche esempio di una rara giurisprudenza.

La sentenza di graduazione non sarà tenuta al riferimento delle *conclusioni delle parti* (articolo 360, n° 4) *sotto pena di nullità*, giusta la severa censura dell'articolo 361.

Portata la precisa questione alla Corte di Torino, si rispose a favore della validità della sentenza, ritenuta la inapplicabilità dell'articolo 205, n° 2 della procedura del 1854, conforme al nostro articolo 360, n° 4 (*Commentario al Codice sardo*, tom. v, part. i, pag. 606). Riferire le *conclusioni delle parti* è necessario allorchè sono determinative della questione e cardini per giudicarla, fuori ed oltre le quali il giudice non ha giurisdizione, ed alle quali per conseguenza il suo giudizio è legato. La sentenza di omologazione invece ha per subbietto suo proprio il progetto di graduatoria formato dal giudice delegato, intorno al quale si rannodano altresì le osservazioni ed eccezioni delle parti.

Tuttavia non bisogna abbandonarsi ad una teoria troppo larga in una materia come questa, sempre difficile e pericolosa. In siffatti giudizi non si procede, è vero, per via di conclusioni, come nei giudizi ordinarii; la operazione del giudice graduatore raccoglie domande ed eccezioni anche verbali, e, per dir così, si fondono nel suo stesso lavoro. Ma altro è che non sia caso di nullità il non riportare le conclusioni, che è una mera forma; altro è che si possa o *pronunciare contro le conclusioni*, non semplicemente riparando anche di ufficio gli errori, ma decretando cosa non domandata, o *si possa prescindere dalle istanze ed eccezioni*, siano o no in forma di conclusioni, dissimulandone la esistenza, e non rispondervi in verun modo: tutto ciò è di sostanza, e porterebbe a nullità (Corte di Nizza, 18 aprile 1857, BETTINI, 1857, t. ii, pag. 384; Chambéry, 26 dicembre 1854, BETTINI, 1854, tom. ii, pag. 842; la stessa Corte, 9 febbraio 1858, BETTINI, t. ii, pag. 176).

Fu pure deciso che il nome del debitore spropriato e del deliberatario devono figurare nelle intestazioni delle sentenze sotto pena di nullità (Corte di Nizza, 28 febbraio 1857, BETTINI, tom. ii, pag. 173, e la citata del 18 aprile).

In opposto la *sentenza di omologazione* ha delle formalità intrinseche e sostanziali *sui generis*, che sono ben descritte nell'articolo 716. La sanzione di nullità non essendo espressa, è d'uopo richiamarsi alla norma razionale dell'articolo 56, capoverso 1°. Ciò che vi ha di veramente essenziale, oltre la completa collocazione e la specifica risoluzione di tutte le istanze relative, si è *la spedizione delle note di collocazione* e *la cancellazione delle iscrizioni;* l'omissione della liquidazione delle spese potrebbe supplirsi; la *decadenza dei creditori non comparsi* può considerarsi una conseguenza di diritto.

La legge non impone di mentovare la *relazione del giudice graduatore* (udita la relazione, ecc.). Io convengo col CHAUVEAU (questione 2581 quat.) e coll'illustre espositore di questa parte del Codice sardo del 1854 (t. v, part. i, pag. 605), che quanto è necessaria la *esistenza della relazione*, altrettanto è necessario risulti dalle menzioni della sentenza, che altrimenti dovrebbe dichiararsi nulla. Ma non siamo noi avvinti alla formola: *udita la relazione;* ed è quasi inconcepibile una sentenza di omologazione che non rammenti in qualche parte de' suoi motivi, o non riassuma, confermandolo o modificandolo, lo stato provvisorio presentato dal giudice, che infine è tutta la sostanza della questione.

5. *Collocazione definitiva del creditore graduato in più giudizi d'ordine.*

Fra più giudizi d'ordine, il primo che si definisce, determina la posizione di quel creditore, e con essa le subalterne e dipendenti. Interamente soddisfatto questo creditore ante-

riore (*), se ottenne grado in altri giudizi, la catena si scioglie, e subentrano i creditori posteriormente collocati. Mi spiego. Tizio ha ottenuto grado sul prezzo di un fondo che fu venduto dal tribunale di Ravenna; ma ritardando il pagamento per insorte contestazioni, aprendosi altro concorso avanti il tribunale di Bologna sopra altri fondi soggetti alla sua medesima ipoteca, ivi pure ottiene collocazione, per la quale viene soddisfatto. I creditori posteriormente graduati dal tribunale di Ravenna prendono *de jure* il suo posto: non così possono a quello trasportarsi i creditori posteriori del giudizio di Bologna se non abbiano del pari ipoteca nel due circondarii, e in quello di Ravenna non siano concorsi. Essi subiscono la sorte naturale di un'ipoteca posteriore. Ogni collocazione ipotecaria non *ha che una semplice ragione graduale di credito sul prezzo caduto in distribuzione;* ben disse la Corte di Torino (15 dicembre 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, 1850, pag. 111); onde si comprende moltiplice, e come tutte vengano a cessare col pagamento.

Non è da noi il parlare di tutti gli effetti e dei variati fenomeni della surrogazione legale, che piuttosto appartiene agli espositori del Codice civile.

6. *Osservazioni generali sulla qualità dei crediti ammessibili nel giudizio d'ordine.*

Ponendo mente alla natura di un giudizio d'ordine, si scorge tosto che, al pari di ogni altro giudizio esecutivo, ripudia le controversie che al diritto di azione, alla causa e sussistenza del credito appartengano piuttosto che al diritto di esecuzione e al sistema di soddisfacimento. Nella quale discretiva però non si procede senza difficoltà, sia che la giurisprudenza non presenti, come difatti è, un complesso di dottrine abbastanza sicuro, sia che la materia resista a combinarsi in una teorica di principii, com'è egualmente vero. Nelle generalità della giurisprudenza bastò dire che in simili giudizi *non si permettono questioni di troppo alta indagine sulla validità di un credito* (Corte di Genova, 10 e 28 giugno 1850, Bettini, tom. II, pag. 664; Corte di Parma, 5 agosto 1864, Bettini, tom. II, pag. 527). Se il giudizio d'ordine potesse convertirsi in una arena in cui le azioni che più abbisognano di dimostrazione e di prova, e le eccezioni più disputabili fossero per venire in giostra, mancherebbe lo scopo, nè occorre fermarsi sulle conseguenze di questa tumultuaria battaglia fra tanti interessati, mentre altri, semplici spettatori, non verrebbero mai a capo dei loro crediti.

Intanto, per venir tracciando qualche regola, *la prevalente importanza di un credito con ipoteca scritta e apparente* sopra un credito semplice, è quivi pure manifesta. Quella vi presenta il segno visibile e legale della sua esistenza; e contro la opposizione si può sempre allegare con profitto lo stato estrinseco della cosa, e rispondere: ma la ipoteca c'è, e il fondo è affetto a questa ipoteca finchè non sia cancellata. Ben diversa è la posizione del chirografario; ma il giudizio d'ordine è fatto per gli ipotecarii. La posizione del creditore ipotecario è veramente minacciata dagli obbietti che si elevano *contro la iscrizione:* quindi una simile contestazione è propria del giudizio d'ordine, e vi è necessariamente contenuta: tal questione non può rimettersi, deve decidersi. Se ritenuta regolare la iscrizione, si contende sul credito, sulla validità della obbligazione che lo avrebbe prodotto, sulla novazione che ha subito, ecc., aggravandosi il dubbio, il tribunale sospende il suo giudizio e rinvia i contendenti in sede opportuna; *non nega però la collocazione*, perchè la iscrizione esiste, e la presunzione del diritto favorisce sempre il creditore iscritto, ma la concede provvisoria, sotto riserva; il più delle volte ordina una cauzione (Vedi le due summentovate decisioni della Corte di Genova).

Altra regola. Se il credito risulti provato e certo in genere, ma indeterminato in ispecie, si deve ammettere, non differire ad altro giudizio la liquidazione, rifiutando la collocazione, e solo obbligando i creditori posteriori a dare malleveria. È stato deciso con ragione che una tale sentenza è nulla (Corte di Genova, 13 novembre 1848, Bettini, tom. II, pag. 904).

Ciò intendo ove la liquidazione non fosse indaginosa, difficile e non semplicemente di calcolo, ma di massima e di principii, e costituisse, come a dire, la importanza stessa del diritto. Tizio, assicurato dagli incendii, ottenne sentenza che gli attribuisce azione di risarcimento che gli era stata contestata dagli assicuratori; e in forza di essa sentenza può prendere iscrizione in genere. Ma che però? Tali e tante questioni nascono sulla liquidazione, che manifestamente si eccede la portata di un giudizio d'ordine: è possibile in tal caso accordare a siffatto creditore una collocazione utile? Si

(*) Qualche volta i tribunali trovano prudente di assoggettarlo a cauzione, che rimane sciolta *ipso jure* colla sua collocazione definitiva e totale.

sa che esiste l'azione del danno; ma le varie partite essendo contrastate, il risultato potrebbe escludere il credito o ridurlo a poco. Il credito insomma ha troppo del vago e dell'eventuale. Saranno ammessi in luogo suo i creditori posteriori sotto cauzione (*).

Se l'azione di un creditore chirografario contro un creditore ipotecario graduato è contraddetta, egli può ottenere il suo scopo *mediante sequestrazione*. Con questo mezzo viene a formarsi un giudizio particolare che non perturba *la massa:* restando depositata la somma, il giudizio può terminarsi fra gli interessati anche dopo la liberazione di tutti gli altri creditori (Corte di Casale, 16 febbraio 1852, BETTINI, tom. II, pag. 207).

Così pure fu giustamente deciso che una questione di assegnazione e riparto fra gli eredi di un creditore utilmente graduato, è separata dal giudizio d'ordine, e deve decidersi dal tribunale della eredità (Chambéry, 9 febbraio 1852, BETTINI, tom. II, pag. 167).

SEZIONE II.

Del pagamento o deposito del prezzo, e delle ordinanze per la cancellazione delle ipoteche.

Articolo 717.

Omologato lo stato di graduazione, le parti fanno d'accordo la liquidazione dei loro crediti. Se le parti non si accordano, la liquidazione si fa da un perito nominato d'ufficio dal giudice, il quale ne riceve il giuramento.

La liquidazione è depositata nella cancelleria, e, se sia stata fatta dal perito, il cancelliere ne dà avviso alle parti mediante biglietto.

I reclami contro la liquidazione del perito devono proporsi al tribunale nel termine di giorni cinque dal detto avviso, con citazione in via sommaria.

Non impugnata la liquidazione, o risolte le opposizioni, il cancelliere spedisce ai creditori utilmente collocati le note di collocazione, le quali, approvate e sottoscritte dal giudice delegato, e rivestite della forma stabilita dall'art. 556, hanno forza di titolo esecutivo contro il compratore.

L'appello dalla sentenza di omologazione, o da quella che pronunziò sulle opposizioni alla liquidazione, non sospende la spedizione delle note di collocazione per i crediti anteriormente collocati e non compresi nell'appello.

Annotazioni.

1. La sentenza di graduazione determina le posizioni rispettive dei concorrenti (i gradi), e insieme dichiara la esistenza del diritto qual base fondamentale della operazione. Nel nostro sistema, la *liquidazione dei crediti* è ufficio di un giudizio separato e pedisseqno. Crediti liquidati possono esservi per virtù di documenti che ne dimostrino la certezza; indubitato però, che essa non si desume dalle sole enunciative della iscrizione. Raro è che non si abbiano ad esigere anche gli interessi dei crediti: un locatore che ha iscritta la sua guarentigia per le corrisposte e gli altri diritti del contratto, dovrà dichiarare e mostrare la quantità che gli è dovuta. Ognuno di questi creditori avrà fatto delle spese; occorre dunque una liquidazione, più o meno, e un accertamento di cifre. Questo sistema, che ci deriva dal Codice piemontese del 1859, giova alla semplicità dei due giudizi, distinguendoli

(*) La differenza dei casi notati è questa. La iscrizione esiste per un credito certo di lire 1000. Si attacca la validità della obbligazione, la realtà del diritto, ecc.; ma la prova deve farsi, e intanto i fatti estrinseci parlano a favore del diritto e del credito; ovvero la iscrizione è generica, resta a farsi la prova del credito effettivo, o almeno del suo principale ammontare, ed è contestata. Si scorge facilmente quanto la posizione sia diversa.

in parte che può dirsi giuridica e di massima, e in parte esecutiva. *La liquidazione non fa che precisare le conseguenze dell'assegnazione di diritto;* e questo e non altro si opera in codesta liquidazione, che chiamo pedissequa e consecutiva.

2. Può esservi peraltro (il che mi pare notevole) una specie di liquidazione precedente lo stesso giudizio di omologazione, o, meglio ancora, precedente la formazione dello stato provvisorio. Ed è quella che è necessaria per rendere efficace ed attuabile il titolo stesso della collocazione. Vi hanno per esempio iscrizioni che non guarentiscono che un credito possibile: il credito di un amministrato non esiste prima di una liquidazione qualunque del conto d'amministrazione; se non si rimane contenti ad un collocamento eventuale, è d'uopo presentarsi con un conto liquidato, almeno nelle parti più rilevanti (*), *non dopo* il giudizio di omologazione, *ma prima*. Del resto, se provato sufficientemente il credito onde conseguire la collocazione, rimanesse qualche ulteriore e più specifica determinazione, si ridurrebbe al preciso nel giudizio successivo di liquidazione.

3. L'operazione della perizia ha il suo metodo particolare: le parti, io credo, possono nominare d'accordo il perito: altrimenti la nomina è fatta dal giudice. Quantunque non si tratti che di liquidazione, il lavoro è abbastanza importante nei suoi effetti per ritenersi che il perito potrà, in casi gravi, essere ricusato (articolo 254). Che si direbbe se il perito fosse parente nei gradi vietati di alcuna delle parti o interessato? Fattosi dal cancelliere il verbale della convocazione delle parti e del non riuscito componimento fra loro, il giudice, autore dello stato provvisorio e delegato a tutto questo processo, *pronuncia un'ordinanza* nominando il perito; e l'ordinanza dev'essere notificata ai procuratori delle parti. Quantunque l'articolo 717 non ne faccia parola, non è permesso dal buon ordine processuale un metodo diverso. Ma la ricusa dovrà essere immediata; prima cioè della istanza che dovrà farsi al giudice delegato onde assegni la propria udienza, nella quale le parti e il perito compariscano avanti di lui all'effetto della liquidazione. È un'applicazione d'analogia dell'articolo 255, e non può farsi che in relazione a questa forma di giudizi affatto speciale. La ricusazione si vuole anteriore al *giuramento* del perito (articolo 255). Il perito presterebbe giuramento all'ingresso dell'udienza, che sarebbe destinata dal giudice.

Il *reclamo* è sospensivo: quanto all'*appello* *V.* il n° 2 delle seguenti ANNOTAZIONI.

Articolo 718.

Quando il compratore non paghi nei cinque giorni dalla notificazione delle note di collocazione, si può promuovere la rivendita a norma dell'art. 689.

Annotazioni.

1. *Note di collocazione.*

Definito lo stato dei creditori *utilmente graduati* sino cioè alla concorrenza del prezzo, non resta che il pagamento. *La nota di collocazione* (bordereau de collocation) *è il titolo esecutivo del credito* (art. 717, capoverso 3°). Il cancelliere rilascia al *singoli creditori per ogni collocazione* (**) un certificato che contiene la parziale dichiarazione della sentenza che lo riguarda. *È il mandato di pagamento.* Il documento redatto colle solennità dell'articolo 556 è notificato al compratore *che deve pagare entro cinque giorni.*

2. *Spedizione delle note di collocazione esistendo appello.*

Non sarebbe giusto ritardarle per quei creditori che stanno fuori di contesa, *per i crediti anteriormente collocati e non compresi nell'appello* (articolo 717).

È raro che l'appello cada sul sistema, cioè su tutta la sentenza. Ma il concetto dell'insieme può essere stato guidato da un principio che s'impugna. Le ipoteche che hanno trionfato per l'età non furono rinnovate in un tempo che il contraddittore definisce secondo il suo punto di vista, che non è quello del tribunale.

(*) Se il rendiconto fosse contestato, non si potrebbe considerare la iscrizione che come di un diritto eventuale.

(**) « Chaque créancier recevra autant de bordereaux « qu'il y aura pour lui de collocations distinctes. Le « créancier poursuivant recevra un bordereau pour les « frais du poursuivre d'ordre, et pour ceux de la ra- « diation de son inscription, qui, suivant l'article 759, « doivent être colloquées par préférence à toute autre « créance. Il recevra en outre un bordereau pour cha- « cune de ses créances personelles qui auraient été col- « loquées distinctement; enfin, chacun des autres cré- « anciers recevra un bordereau pour les frais de son « inscription collocable en premier rang, et ensuite d'au- « tres bordereaux distinctes pour les creanciere utile- « ment colloquées » CARRÉ, all'articolo 771.

È manifesto che in questa ipotesi sarebbero attaccati anche i primi graduati, anzi quelli principalmente, e tutti si dovrebbero citare in appello: la citazione sarà scorta al cancelliere per negare la spedizione delle note.

3. *Se per procedere contro il compratore sia necessario esecutoriamente il precetto* (atto di comando).

La legge dice che *la nota di collocazione vale titolo esecutivo.* Nient'altro. Ma la regola dell'art. 562 non è punto derogata. La giurisprudenza piemontese, imperando legislazione non diversa, ritenne la necessità dell'*atto di comando.* La notificazione della nota al deliberatario lo costituisce in mora, e abilita a mandargli addosso il precetto con minaccia di esecuzione (Corte di Torino, 12 aprile 1856, BETTINI, tom. II, pag. 458; *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 621 (*).

Ma insieme al titolo esecutivo non potrebbe intimarsi il precetto? No. Se è vero che la notifica della nota costituisca in mora il compratore, egli avrà dunque franchi i cinque giorni per pagare spontaneamente. Posto che si voglia prescindere dalla *rivendita*, e si prescelga di spinger gli atti contro il compratore, il precetto diventa necessario preliminare della esecuzione, e per i termini e per i modi che sono proprii alla natura dei beni che si ha in mira di apprendere.

È stato ritenuto che la sentenza di omologazione *non è titolo esecutivo al debitore*, il quale per esigere dal compratore l'avanzo ha d'uopo di fare istanza e di ottenere apposita ordinanza (Bruxelles, 13 aprile 1822; CHAUVEAU, quest. 2611 bis). Il cancelliere non rilascia al debitore, come ai creditori, *mandato di pagamento.* Il debitore deve far constare, in seguito della liquidazione, la rimanenza che gli perviene. Per questa appendice gli basterà citare a udienza fissa, avanti il giudice delegato, il compratore, onde sia rilasciato contro di lui l'ordine di pagamento che formerà il suo titolo esecutivo.

E qualche volta potrà non esser necessario; e sarebbe in una di queste evenienze: o che non accordandosi i creditori nella liquidazione, fosse nata ordinanza del giudice che avesse rilasciato quest'ordine a favore del debitore; o che lo stesso giudizio di liquidazione non avesse avuto luogo, e il tribunale, non essendovi che pochi creditori, con crediti certi e incontrastati, avesse ordinato il pagamento al debitore. Quella sentenza gli fornirebbe il titolo della esecuzione. O finalmente che assai gravi e dubbie elevandosi questioni avanti il giudice della liquidazione, fosse d'uopo ricorrere al tribunale che nella stessa sentenza ordina di pagare il residuo al debitore.

4. *Della rivendita.*

Della rivendita si discorse a suo luogo (all'articolo 689). E parmi sia stata sufficientemente spiegata la natura di questa operazione. Ma ora fa mestieri qualche altra avvertenza. *Promuovere la rivendita*, come si esprime notabilmente il nostro articolo, è la facoltà di ogni creditore: tal è il disposto dell'articolo 689. Ivi pure è stabilito che il tribunale deve ordinarla. È un giudizio ben importante; deve pronunziarsi *causa cognita*, e può sommuovere questioni: mi limito ad accennare la seguente.

Una difficoltà può presentarsi quando il compratore abbia già cominciato a fare i pagamenti; abbia cioè eseguito, ma solo in parte, l'obbligo suo, e non si presti a compierne il soddisfacimento.

La rivendita a carico del compratore, con tutte le dolcezze che la seguono, è una pena, giusta se vuolsi, ma gravissima; e non potendo attenuarsi nè dividersi in parti, deve corrispondere al *mancamento totale.* La solidarietà attiva, per la quale un creditore può agire nell'interesse di tutti (*promuovendo la rivendita*), è conguagliata dalla passiva; io ritengo che la percezione di una parte del prezzo fatta da uno dei creditori ipotecarii e legittimi, mettendo in essere la facoltà attribuita dall'art. 718, basti a liberare il compratore dalla rivendita (**), ma sarà costretto coll'azione personale.

5. *Della permanenza del giudizio d'ordine di fronte alla nuova vendita.*

Non si tratta che di surrogare un compratore ad un altro. Il prezzo è quello; sempre quello. In altre procedure l'eccedenza risultante dalla seconda vendita favoriva i creditori e lo spropriato debitore; ma ora, con più umana disposizione, si aggiudica al compratore decaduto, come si vide parlando dell'art. 693. Perciò, ferma restando la graduatoria, *il portatore della nota di collocazione conserva il suo titolo esecutivo contro il nuovo deliberatario*, o l'avente causa dal compratore moroso. Ed è stato anche deciso che la sentenza di graduatoria forma cosa giudicata, ed è quindi incensurabile dal nuovo compratore (Cassazione, 15 luglio 1851, *Gazzetta dei Tribunali*, 1851, tom. I, pag. 712).

(*) Richiamato l'articolo 565, si vede che non sarebbe applicabile.

(**) Se il pagamento fosse stato fatto in *anticipazione* non crederei avere lo stesso effetto.

Articolo 719.

Il compratore di mano in mano che paga i mandati di collocazione, ha diritto di ottenere dal giudice delegato, mediante la presentazione delle quitanze, l'ordine della cancellazione delle iscrizioni delle ipoteche relative ai crediti estinti, e la riduzione per eguale concorrenza dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori.

Per ottenere dal giudice delegato l'ordine della cancellazione definitiva di quest'ipoteca legale, il compratore deve giustificare di aver pagato integralmente il prezzo della vendita cogli interessi.

Articolo 720.

Fatta la spedizione di tutte le note di collocazione il compratore ha diritto di ottenere dal giudice delegato l'ordine per la cancellazione delle iscrizioni dei creditori decaduti, e di quelli non collocati in grado utile, in conformità dell'articolo 716.

Articolo 721.

Il compratore per ottenere l'ordine di cancellazione o riduzione indicato nei due precedenti articoli, deve far citare, a proprie spese, davanti il giudice delegato i creditori comparsi nel giudizio di graduazione.

La citazione è fatta in persona dei loro procuratori.

Questa citazione non è necessaria per i creditori non comparsi, purchè sia stato loro notificato il bando a norma dell'articolo 668.

Annotazioni.

1. Queste disposizioni scritte già nel Codice sardo del 1859 (articoli 862, 863, 864) meritarono conferma nella sostanza, migliorate però nella redazione.

Noi sappiamo che, oltre le singole iscrizioni dei creditori, deve iscriversi sul bene venduto a cura del cancelliere e a carico dell'acquirente l'ipoteca legale, per l'articolo 2080 del Codice civile. Il concetto più rilevante è quello dell'articolo 721: il legislatore, non contento che siano giustificati al giudice delegato i pagamenti, ha creduto che la citazione del creditore soddisfatto sia necessaria, e occorra un giudizio per autorizzare il conservatore delle ipoteche a cancellare le iscrizioni. Nella procedura francese la cancellazione si effettua di ufficio, e sotto la sua responsabilità, dal conservatore, viste le prove dei pagamenti: così pure altri Codici ordinarono. La nostra legge va sino allo scrupolo. Un pagamento può essere contestato. Può farsi per ognuno una causa. Gli articoli 719 e 721, quantunque assai meno equivoci degli articoli 773 e 774 del Codice francese, hanno qualche bisogno di essere accordati fra loro. Per l'art. 719 sembra che l'*ordine della cancellazione* proporzionale ai pagamenti, *di mano in mano che si eseguiscono*, non abbia che a chiedersi al giudice delegato, e sia un diritto del creditore: sistema medio fra l'uffiziale autorità del conservatore e la necessità di una pronunzia giudiziale. Ma poco stante l'articolo 721 viene a farci conoscere che quell'ordine non potrebbe ottenersi senza citare di volta in volta. E ciò non gli giova troppo, imperocchè se vorrà tor via la ipoteca legale che abbraccia lo insieme delle sue obbligazioni di compratore, egli dovrà citare tutti, compresi i creditori decaduti e quelli non collocati in grado utile, purchè siano compresi: e dovrà pure citare il debitore, quantunque non ne sia motto in questi tre articoli (*).

2. La nuova legge si è data cura di esprimere che siffatti giudizi *sono a spese del com.*

(*) *La presenza del debitore espropriato è sempre necessaria in qualunque stadio, fase o grado del giudizio di graduazione*, disse la Corte di Nizza (29 febbraio, 1857, Bettini, part. II, pag. 174).

pratore. Ciò è grave, e obbligherà i compratori a farsene ragione nelle loro offerte. S'intende delle spese ordinarie e necessarie. Se un creditore pagato impugnasse il pagamento e avesse torto, le spese occasionate da tale eccezione non potrebbero esser altro che sue.

3. Per l'articolo 720 si fa manifesto non bastare la sentenza pronunziata dal tribunale che ordina *la cancellazione delle iscrizioni dei creditori non collocati in grado utile*, o *che non abbiano prodotti i loro titoli* (articolo 716); si esige un altro pronunziato, quello del giudice delegato. Certo è che alla sentenza del tribunale dell'omologazione non potrebbe ottemperare il conservatore, che dopo ciò aspetta la ordinanza. Egli pare che la decisione del tribunale sia generica, ma la sola ordinanza del giudice delegato, come quella che è specifica e motivata dall'esame dei titoli di pagamento, sia attendibile per l'effetto; ed è infatti la sola pronunzia nominativa *et per singula capita* disponente. Il giudice viene così ad esercitare una facoltà delegata colla sentenza di omologazione.

4. I creditori *non comparsi* (che non produssero i loro titoli) non si citano di quelli in fuori *ai quali non fu notificato il bando.* Che mai avverrà se creditori non notificati comparissero ora, nell'ultimo atto, mentre sta per calarsi il sipario, e tutto è per finire?

Osserviamo un poco la posizione. La cancellazione dell'ipoteca sarebbe un danno funesto, forse irreparabile. All'apparire del nuovo creditore è possibile un disordine generale di tutto il piano della graduazione, e la necessità di una violenta retrocessione. Io non credo che l'errore fosse per portare la conseguenza della nullità di tutto il giudizio. Ma le operazioni preliminari e attuali della graduatoria, ove questo creditore fosse fra i primi iscritti, verrebbero da cima a fondo perturbate. Trattandosi di contingenze molto rare, la procedura non provvede ai metodi da tenersi: eppure le ha prevedute; deve dunque aver in sè norme sufficienti per regolarle. La ragione, coadiuvata dall'analogia (onde da ciò che ha fatto si deduce ciò che il legislatore avrebbe fatto se ci avesse pensato) dovrà trovarle queste norme.

Il giudice delegato che già dalla iscrizione rileva la posizione del nuovo arrivato, sospesa ogni cosa, gli statuisce un termine a fare le sue produzioni. Giustificando il creditore il suo diritto, lo stesso giudice delegato riforma il suo progetto, e il procedimento ritorna allo stato in cui era al tempo dell'articolo 711, nè più nè meno. Tutti gl'interessi tornano a rianimarsi in questa lotta inaspettata: quindi le disposizioni degli articoli 712 e 713 hanno perfettamente luogo. L'udienza avanti il tribunale è di nuovo fissata (articolo 716); la sentenza pronunciata si è risolta *ipso jure;* una nuova omologazione, e così di seguito tutto si rinnova, finchè saremo rientrati nell'art. 721 che ora esaminiamo. L'enorme spesa ricadrà a carico del creditore procedente che ha commesso il fallo.

Articolo 722.

Il giudice delegato, riconosciuta la regolarità delle citazioni e delle notificazioni fatte, ordina al conservatore delle ipoteche di fare le cancellazioni o riduzioni occorrenti.

Dall'ordinanza del giudice si può reclamare al tribunale nel termine di giorni quindici dalla pronunziazione per le parti che vi furono presenti, e per le altre dalla notificazione. Il reclamo si deve nello stesso termine notificare anche al cancelliere.

Il cancelliere non può spedire al compratore copia in forma esecutiva dell'ordinanza, se non sia scaduto il detto termine senza reclamo, o con rinunzia al medesimo.

Annotazioni.

1. *Parti* sono i *procuratori* in relazione all'articolo precedente.

2. *Notificazione dell'ordinanza.*

Osservate la discretiva che passa dall'articolo 437. Per ovviare alla notificazione, nopo è, secondo quell'articolo, che *tutte le parti* siano presenti alla *pubblicazione* che si fa colla lettura alla udienza. Ma ivi si tratta d'unico affare; e qui gl'interessi si considerano distinti. Ne segue che il *termine del reclamo* ha o può avere un diverso punto di partenza per i varii creditori che vogliono proporlo.

3. *Reclamo.*

È sospensivo; pel decorso di 15 giorni non

si spedisce alcuna nota. Indi il cancelliere sospende la spedizione di quelle per le quali è avvisato esistere il reclamo. Ciò emerge dal testo. Ma qui bisogna distinguer bene e fermare un momento l'attenzione.

Il reclamo può essere *parziale* o *complessivo*. Il reclamo è complessivo, o *pel suo oggetto*, o *per le conseguenze*. Supponiamo sia interposto dal debitore. Il debitore crede che la portata della liquidazione sia eccessiva per i singoli o per la maggior parte dei creditori, onde nasce ch'egli perde la speranza di quel residuo che dovrebbe ricadere a suo profitto. Il giudice, per esempio, adottò una massima che si crede erronea rapporto alla misura degli interessi: caso non infreqnente. Ma la complessità può venire *di conseguenza*. Un creditore anteriore si repnta leso mentre non gli fu tennto conto di una massa di arretrati ai quali stima estendersi la sua iscrizione. I creditori posteriori potrebbero anche rimanersi digiuni, se la sua pretensione è vera. Fra l'appello (articolo 717) e il reclamo è nota la differenza: quello, interposto dalla sentenza di omologazione, contende la esistenza del titolo, del credito, dell'anteriorità e grado; qnesto non versa che sulla portata del credito, sulla sua estensione e sulla somma. Nondimeno, per la premessa considerazione, il cancelliere si trova in nna posizione analoga, e difficilmente (poichè ciò sarebbe sotto la sua risponsabilità), rilascierà i mandati di pagamento di fronte ad un reclamo che renda incerto lo stato dei posteriori, prescindendo dalla cantela che dovrà sempre avere di accertarsi delle notificazioni.

Il secondo capoverso provvede anche alla posizione del conservatore. Ma qnesto disposto ha un carattere più assoluto. *Basta la interposizione del reclamo* onde sia sospesa al compratore la *spedizione della ordinanza* che importa la cancellazione delle ipoteche. Se non che, provandosi che il reclamo non può offendere creditori di grado anteriore, e che qnesti sono pagati, il compratore potrà fare istanza al *presidente*, cui è portato il reclamo, e ottenere ordine speciale di cancellazione.

La forma del reclamo è semplice. I creditori coi quali si contende, i creditori interessati, devono citarsi nella persona dei loro procnratori. Se il debitore non ha costituito procuratore, ha lnogo il disposto dell'art. 695, capoverso secondo. Non è termine fissato alla citazione, poichè deve segnarsi l'udienza dal presidente.

Articolo 723.

Quando il compratore, senza attendere l'esito del giudizio di graduazione voglia liberarsi dal pagamento degli interessi sul prezzo della vendita, può chiedere, e il tribunale, sulla relazione del giudice delegato, ordinare che il detto prezzo sia pagato ai creditori privilegiati o ipotecari evidentemente anteriori e certi.

Questi creditori devono obbligarsi, per atto ricevuto dal cancelliere, con cauzione o senza, secondo che sia ordinato dal tribunale, di restituire ogni cosa a norma della sentenza definitiva sullo stato di graduazione.

Annotazioni.

1. Non è qui dichiarato in qual momento della procedura il compratore possa valersi della facoltà. Non prima certamente che il giudice delegato abbia raccolte tntte le giustificazioni che i creditori devono presentare. Non prima adnnqne che siano decorsi trenta giorni che si assegnano dal tribunale che ordina la vendita (articolo 666, n° 5). Quantnnque altri creditori possano comparire in seguito (articolo 713) e sommuovere il disegno del giudice delegato, la legge si è messa in guardia colla dnplice cautela: 1° che a giudizio del tribunale l'anteriorità e certezza sia *evidente;* 2° L'evidenza non risultando che dallo stato presente, *colla cauzione* si provvederà al pericolo di una mntazione, più o meno remoto.

2. *Degl'interessi del prezzo.*

a) Con tale pagamento potrà il compratore esonerarsi dagl'interessi? È difficile il pensarlo se il credito presuntivamente anteriore non abbracci la somma del prezzo. Tuttavia quando il compratore si contenti di un esonero parziale, che deve credersi ragguardevole, non gli potrà esser negato.

b) Il caso, che non pareva probabile, si avvera. Dopo un tempo abbastanza protratto i creditori creduti antèriori, già pagati, sono vinti: anzi è provato che non erano noppur creditori. Restituiscono al compratore il prezzo,

o quella parte di prezzo che ne avevano imborsato, ond'egli lo versi ai veri creditori. *Che sarà mai degli interessi?* Il compratore deve corrisponderli: è chiaro che i pretesi creditori divenuti debitori della restituzione, dovranno a loro volta pagarli. Rispetto al compratore è semplicemente una indennità.

c) *Degl'interessi dei crediti utilmente collocati, oltre quelli portati dalla iscrizione; e del modo della distribuzione.*

Pongo il caso che trovo negli scrittori. Le questioni della graduazione hanno durato cinque anni: che non è poi una cosa inaudita. Ai due anni d'interessi compresi nella iscrizione, se ne aggiungono altri tre dei quali appunto facciamo discorso.

A parte la questione ipotecaria che non ci riguarda, e ritenuto che gl'interessi accessorii del capitale iscritto sono limitati, ci bisogna tener conto del momento *nel quale cessano gli interessi del credito e cominciano quelli del prezzo.* TROPLONG spiega chiaramente la situazione in questo modo: « S'il y a eu vente de « l'immeuble par expropriation, il est clair « que lors de la collocation *il n'y a plus d'in-* « *térêts courants dans le sens de l'article* 2151 « (Cod. civ. franç.). Sans doute il est toujours « dû des intérêts jusqu'à parfait payement, « mais ce ne sont plus ceux que cet article a « voulu restreindre pour forcer les créanciers « à être diligents; *un fait nouveau est venu à* « *modifier la position des parties;* entre les « créanciers et leur débiteur dont l'insolvibi- « lité est suffisamment prouvée par l'expro- « priation, et contre lequel toute poursuite en « payement d'intérêts était vaine, est venu « s'interposer l'adjudicataire qui est devenu « débiteur personnel et utile des intérêts; « *alors du chef de ce adjudicataire commence* « *un nouveau période d'intérêts* », onde l'articolo 2151 si rendeva inapplicabile (*Des hypothèques*, t. II, pag. 698, n° 2). La conseguenza che l'illustre autore ne conduce più avanti, e che noi pure abbiamo per definitiva, è questa, che l'articolo suddetto, al quale noi surroghiamo il nostro articolo 2010 del Codice civile italiano, non concerne che gl'interessi dei capitali *maturati prima dell'aggiudicazione* o *delibera:* dottrina già insegnata da MERLIN (v° *Inscription*, quest. du droit), e che nel mondo giuridico aveva acquistata l'autorità di una teorica di BARTOLO.

Malgrado il contrario avviso di DELVINCOURT (tom. VIII, pag. 129) io veggo la comune dei giuristi, specialmente dedicati al diritto giudiziario, e le decisioni delle Corti, confermare l'idea di MERLIN. Oltre moltissime decisioni di Corti d'appello, due magistrali sentenze si portano della Cassazione di Francia (27 maggio 1816, e 14 novembre 1827), la seconda delle quali è nei termini più precisi; e la stessa opinione professano CARRÉ e il suo illustratore (articolo 767, quest. 2601); FAVARD DE LANGLADE (tom. IV, pag. 66); BERRIAT (tom. II, pag. 621); e fra le nostre possono contarsi la sentenza 16 marzo 1858 della Corte di Torino (BETTINI, tom. II, pag. 366), di Casale, 27 gennaio 1854 (BETTINI, tom. II, pag. 89), che svolge accuratamente la identica tesi.

La sentenza di vendita (articolo 685) che riconosce e autentica la posizione del compratore giudiziale, che gli dà il possesso dei beni, segna questo punto di decorrenza degli interessi del prezzo; chiude per conseguente quella degli interessi dei capitali dacchè l'ipoteca rimane inattiva per avere prodotto il suo effetto.

Quanto alla distribuzione di codesti interessi a favore dei creditori graduati, è da ritenersi la dottrina del TARRIBLE che fa l'ipotesi dei cinque anni. Ove per cinque anni, egli dice, si prolungassero le contestazioni « les intérêts courus pendant ces cinq années de re- « tard, quoique excédent la mesure ordinaire, « quoique depourvus de l'inscription primitive « et de toute inscription particulière et ulté- « rieure, *n'en seraient moins alloués en entièr* « *sur la masse hypothécaire, à profit des créan-* « *ciers utilement colloqués...* » (*Nouv. Répert.*, pag. 679).

La gerarchia delle collocazioni è dunque conservata per gli accessorii eziandio, che sono gl'interessi che quantunque dovuti per un titolo nuovo, secondo l'avvertenza di TROPLONG, non seguono meno la loro causa, cioè il credito; e in relazione alla loro entità e grado gli interessi vanno distribuiti, restando la peggio per gli ultimi, com'è naturale (*).

d) *Se i creditori graduati sul prezzo riscuotano gl'interessi eziandiochè i loro capitali non siano fruttiferi.*

Risposta affermativa. È conseguenza della premessa teoria che, gl'interessi si corrispondono non in quanto i crediti rendano frutto in

(*) In quella guisa che il prezzo corrisponde al totale graduato, così può dirsi che gli interessi del prezzo stanno in rapporto dei singoli crediti. Ma non è sempre del tutto vero. Togliendosi dal prezzo anche gli accessorii delle relative iscrizioni, gli interessi arretrati che vengono col capitale possono tanto sottrarre dal dividendo, che gli ultimi creditori rimangano insoluti di tutto o di parte degli interessi che di ragione dovrebbero percepire.

virtù della loro originaria stipulazione, ma perchè ne corre obbligo al compratore che ritiene il prezzo. Consumata l'espropriazione, tutti i debiti del fondo sono scaduti, e diventano a un tratto esigibili. Se le operazioni della graduatoria richiedono tempo, non è men vera questa situazione di diritto. Tale esigibilità di diritto legittima la percezione degli interessi.

e) Del punto in cui cessano gli interessi del prezzo.

L'articolo 767 del Codice di procedura francese lo definisce. Previste le contestazioni, anche in appello, quindici giorni dopo la sentenza, il giudice delegato si accinge alla *spedizione delle note*, e da quel momento cessano gl'interessi del prezzo. Già si ammette che un certo tempo decorre di necessario ritardo a preparare e spedire i mandati; e ciò non fa ostacolo, si trovava giusto. È questa la teoria seguita in Francia (CARRÉ, quest. 2603).

Non ci occorre disposizione simile nel nostro Codice. Anzi dai diversi articoli nei quali si fa ricordo degli interessi del prezzo, si può desumere che dovranno correre sino all'effettivo pagamento. Così l'art. 719, il presente 723 e quello che viene appresso. Può evitarsi ogni urto ed ogni bisogno di altre liquidazioni, quante volte la nota di collocazione dell'ultimo graduato, che per sorte non venisse interamente coperta, portasse che a lui si paghino le ulteriori rimanenze degli interessi in corso sino a una somma determinata. È chiaro che il di più o si dovrebbe al ceto dei chirografarii, o allo spropriato. Bisogna anche ritenere questo principio, che il compratore non paga gli interessi ai *singoli*, ma alla massa; e soltanto diviene debitore dei singoli dopo l'ordine distributivo ingiunto dal magistrato.

Del resto, altro è che il compratore debba rispondere gl'interessi sino al giorno del rispettivo pagamento, altro è che i creditori ai quali furono consegnate le note, quai titoli esecutivi, possano ancora aumentare l'importo delle rispettive collocazioni. Ho già detto che l'ulteriore importo degl interessi accrescerebbe o all'ultimo collocato che non venisse integralmente soddisfatto, o ricadrebbe all'ordine dei chirografarii e al debitore (*).

Ma questo s'intende semprechè nei cinque giorni (articolo 718) il creditore che notificò il suo titolo venga soddisfatto.

E qui possono farsi varie ipotesi. Che osti al pagamento l'appello; formasi d'allora in poi un nuovo cumulo d'interessi, che, cessato l'ostacolo, sarà distribuito con nuova ordinanza del giudice delegato. Se invece si procede alla *rivendita*, non abbiamo più gl'interessi del prezzo, perchè non abbiamo più il compratore, che invece deve sottostare alle disastrose conseguenze della rivendita.

3. *Delle spese.*

Altra causa per cui gli ultimi graduati arrischiano di essere defraudati, come dell'aumento sperabile dagli interessi del prezzo, così della sostanza stessa del credito, ell'è la massa delle spese delle quali bisogna tener conto nella liquidazione per cui si vengono pure accertando gl'interessi dovuti dal compratore, fatta a ciascun creditore la debita parte. Le *spese del giudizio di graduazione*, come quelle che sono fatte nell'interesse comune, precedono ogni credito; le spese delle singole collocazioni vanno invece col grado del credito: i creditori meno anziani di posto potrebbero aver perdute anche le spese; niuno invero può chiamarsi utilmente collocato se non dopo la liquidazione.

Articolo 724.

Quando il giudizio di graduazione sia protratto oltre a un anno, il tribunale può, sull'istanza di qualunque interessato, ordinare il pagamento del prezzo, o soltanto degli interessi scaduti ai creditori evidentemente anteriori e certi, con le cautele sopraindicate, oppure un impiego fruttifero, e può anche ordinarne il deposito nella cassa dei depositi giudiziali, citato in ogni caso il compratore.

Annotazioni.

1. L'ordinaria diuturnità dei giudizi di graduazione ha fatto pensare a qualche altro rimedio oltre quello del precedente articolo che riguarda specialmente il debitore del prezzo.

(*) Si può dichiarare nel bando venale che il compratore non dovrà pagare gli interessi? Nella giurisprudenza francese, ciò viene ammesso; ma io credo che presso di noi tale enunciazione non avrebbe valore: sarebbe evidentemente dannosa al debitore e ai creditori posteriori che non potrebbero esser tenuti a questa specie di convenzione, che non è opera loro, e sarebbe contrario ai principii di diritto.

Le poche considerazioni che veniamo a fare hanno un certo rapporto con amendue gli articoli, consigliati da una consimile condizione di cose.

2. Occupiamoci ancora un momento del compratore.

Se il compratore possa essere in verun caso autorizzato a depositare il prezzo.

Sarebbe una singolare posizione quella del compratore, ove non potesse dal canto suo liberarsi dall'incomodo di custodire, a suo rischio e pericolo, la somma del prezzo per tutto quel tempo che può durare una graduatoria colle contestazioni che suole produrre, e non gli bastasse che lo scarso rimedio portogli dall'articolo 723. Tutto il disegno della graduatoria potrebb'esser messo in contrasto, come già feci notare commentando quell'articolo; o i creditori anteriori certi potrebbero essere di così esiguo avere che non valesse la pena. In questo proposito CHAUVEAU ha detto: « Il est « d'abord évident que l'adjudicataire ne peut, « du moment de la clôture de l'ordre, être « forcé de garder le prix de l'adjudication; « ce prix est désormais dans ses mains un ca- « pital improductif, puisque les créanciers sont « en droit d'en reclamer le montant dans le « plus brief délai, sous peine de revente par « telle enchère; *il faut donc qu'il soit lui per- « mis de le consigner* » (all'articolo 767, questione 2601 bis). Qui l'autore memora il tempo lungo che suol trascorrere, e che durante il giudizio di appellazione il compratore dovrebbe sempre rimanere sotto questo giogo pesante.

Alla conclusione adottata dal CHAUVEAU, ch'era poi anche quella dei due PERSIL, di PIGEAU, e aggiungasi pure quella della giurisprudenza, si obbiettava l'articolo 771, al quale il nostro 717, capoverso 3°, perfettamente risponde: le note di collocazione essere titoli esecutivi *contro il compratore*. Fu bene avvertito, secondo me, che l'uno non esclude l'altro; che il legislatore osservò il caso ordinario, provvidde per quello stato di cose, ma non volle privare il compratore di sì naturale e, per usare l'epiteto di CHAUVEAU, *evidente* diritto.

Ma la legislazione francese, lasciando il compratore senza rimedio, autorizzava in tutta la sua estensione il supplemento razionale; ora vi ha forte ragione di dubitare. Pare che la nostra legge faccia speciale assegnamento su quell'accrescimento di valore che è prodotto dagli interessi del prezzo; e il modo di liberazione da essa adottato sia tassativamente quello che offre l'articolo 723. Insufficiente, noi diciamo: ma questo riflesso non ci varrebbe gran fatto se tale fosse il volere della legge.

Il dubbio grave si attenna da un'opposta considerazione. La *cassa* che chiamiamo *dei depositi giudiziali* ha per iscopo di conservare i depositi, rendendoli fruttiferi, come prova l'articolo 677. In questo monte si depone pur anco il prezzo dei frutti annessi all'immobile (articolo 688). Nondimeno, non potendo io persuadermi che il compratore non abbia giammai la facoltà del deposito, tengo che di fronte al disposto dell'articolo 723 si debba procedere assai cautamente, e non possa statuirsi propriamente una regola, ma sia un provvedimento di circostanza e dipenda dal fatto. I creditori hanno certissimo diritto, come notai altrove, di obbligare il compratore al deposito del prezzo, in caso di dimostrato pericolo; il compratore non dovrà soffrire un trattamento affatto contrario. Se nulla fosse dell'applicare con suo reale profitto la concessione dell'articolo 723, se intanto i giudizi si prolungassero, io sento talmente l'equità della sua domanda, che non mi dà l'animo di supporre che sarebbe respinta.

Non escludo altro modo d'investimento o impiego fruttifero e sicuro della somma che il compratore potrebbe proporre, e il tribunale, col consenso o no dei creditori, approvare.

3. La provvida disposizione dell'articolo 714 giunge opportuna ad avvalorare le nostre precedenti considerazioni rispetto al compratore. Intanto qui è posto mente all'incongruo prolungarsi della vertenza; e nell'insieme si formola una facoltà, che in un modo o nell'altro, giusta il calcolo della prudenza, potrà adoperarsi dal senno dei giudici, nell'interesse dei creditori.

SEZIONE III.

Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione.

Articolo 725.

L'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione si deve proporre nei quindici giorni dalla notificazione di esse ai procuratori, e dalla pubblicazione riguardo ai contumaci.

L'atto di appello deve notificarsi ai procuratori delle parti, le cui collocazioni si contestino, e al debitore a norma dell'articolo 695, con citazione a comparire davanti la corte entro il termine di giorni dieci.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo capoverso dell'articolo 703.

Annotazioni.

1. *Appellabilità.*

Tutte le sentenze che si pronunziano in un giudizio di graduazione sono forse appellabili?

L'articolo 725 non arreca distinzioni; nondimeno è riflessibile che lo scopo dell'articolo è semplicemente quello di stabilire la *modalità* dell'appello, ed è ben lontano dall'esprimere che *tutte* le sentenze che si pronunziano in un giudizio di graduazione siano appellabili. Sia lecito adunque il distinguere, e dedurre argomento dall'articolo 702.

Le sentenze propriamente relative alla graduazione sono quelle che riguardano l'oggetto della graduazione medesima. Senza dubbio le più elevate e difficili questioni possono in tale processo introdursi, intorno alle quali non si doveva far distinzione.

La sentenza che contiene tutta la importanza della lite, è certamente quella di omologazione nella quale vengono a fondersi le controversie preparatorie e subalterne che per avventura siano insorte sulle operazioni del giudice delegato. La tessitura del giudizio è tale che non occorre tampoco venir sollevando reclami dalle varie determinazioni, anche meno rette, del giudice delegato, mentre il generale dibattimento che viene a portarsi al tribunale tutte le comprende. Ma le quistioni non sono finite. Quelle che sgorgano dal successivo processo di liquidazione, dalla valutazione dei crediti, dal calcolo degli interessi e degli accessorii, onde si muovono o possono muoversi tenaci e sottili quesiti, hanno pur esse la loro gravità. È costante il principio, che il più pronto e naturale rimedio ai falli del giudice delegato è il *reclamo* al tribunale; ed è dalle sentenze del tribunale che s'interpone l'appello.

Ma che? Non verrà forse il caso di pronunziare sentenze del carattere di quelle che per l'articolo 702 sono inappellabili? Notiamone alcune. Il giudice delegato *nomina il perito* (articolo 717). Contro tale ordinanza il reclamo è pure possibile, io ritengo. Mi occorse osservare sull'articolo 717, che il perito può ben essere ricusato, e così passare anche al collegio la questione, ma non oltre. La *domanda di surrogazione* (articolo 702, n° 2) può aver luogo in siffatti giudizi, se il creditore investito della procedura si rimane inattivo *Eccezioni di nullità* (articolo suddetto, n° 3) possono presentarsi perchè si presentano dappertutto; la sentenza che le decide sarà appellabile? Io non lo potrei ammettere. Non dissimulo che il silenzio della legge mi è duro, ma sono tratto da una forte convinzione *a ritenere l'applicazione dell'articolo* 702 *dove sia possibile.* Io trovo uguale ragione di decidere, lasciando stare che siamo in una specie eccezionale di appello che ha lo stesso carattere e la stessa forma. Ma più mi preme il considerare, che se tali pronunciati fossero appellabili, l'economia dei giudizi d'ordine sarebbe al tutto sconvolta, e la legge sarebbe in certo modo in contraddizione con se stessa. Imperocchè qual è mai lo scopo finale dei giudizi di espropriazione se non il soddisfacimento dei creditori? Se le incongrue sospensioni che non hanno causa giuridica proporzionata, e sarebbero troppo frequenti per essere tollerate, si vogliono rimosse dal giudizio di espropriazione, la cui celerità è un vero e reale bisogno della

giustizia, io non saprei vedere come questo spirito della nostra legislazione sia venuto a mancare nel momento in cui si tratta dell'effetto, e di raccogliere il frutto di sì lunga fatica.

2. *Della notificazione della sentenza e del termine dell'appello.*

a) Il termine decorre dalla *notificazione ai procuratori* per le parti comparse nel giudizio d'ordine. Se alcuno appelli prima di attendere la notificazione della sentenza di omologazione, e il suo appello fu trovato irregolare, è stato più volte deciso ch'esso può di nuovo interporre appello dopo la notificazione (Corte di Torino, 11 novembre 1856, BETTINI, tom. II, pag. 883). Così pure sotto legge identica è stato deciso che se la sentenza di omologazione fu notificata *alla parte*, *anzichè al procuratore*, il termine dell'appello non decorre (Corte di Chambéry, 2 febbraio 1856, BETTINI, tom. II, pag. 207). Similmente se per altro motivo la notifica fosse irregolare, ad esempio, non dichiarando la relazione a istanza di chi fosse dall'usciere eseguita (*). (Corte suddetta, 10 agosto 1857, *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 612).

b) Intorno alle quali conclusioni può nascere un dubbio che non è di lieve momento in procedura. *Non potrà eseguirsi alla stessa parte quella intimazione che può farsi al procuratore?* Anzi non è forse meglio adempito in quel modo allo scopo della legge che è di far pervenire più sicuramente l'atto nelle mani di colui che è il vero e solo interessato nella causa? La notifica diretta al procuratore sembra additarsi piuttosto a comodo del notificante, che può ben rinunziare al favore che gli fa la legge.

Volgendo lo sguardo al sistema, questa combinazione si presenta in tre aspetti diversi: 1° la notificazione alla parte si ritiene più favorevole e prevalente a quella che può farsi al procuratore. Prescindendo dall'atto di citazione introduttiva che si manda sempre alla parte, questo concetto si manifesta nella notificazione della sentenza, che fatta al procuratore si ritiene meno utile, e si deve subire per non aver adempito a qualche prescrizione di legge (articolo 367); 2° la notifica al procuratore è fatta nell'interesse delle parti, in guisa che eseguita alla stessa parte sarebbe meno utile (articolo 234). In ciò la legge ha un fine riguardante l'istruzione della causa, dal quale non è lecito deviare; 3° la notifica al procuratore, anzichè alla parte, può dirsi un metodo di abbreviazione, in quei giudizi di cui proprio e naturale requisito è la celerità, dove son brevi gli indugii, e dove anche il giudizio d'appello è tenuto nei termini più ristretti possibili; sicchè non sia mestieri di aggiungere atti, spese e tempo per rinnovare le costituzioni dei procuratori. Ed ecco il caso nostro, che è quello eziandio dell'articolo 695. Posto che questo modo è parte dell'organismo e del tessuto sostanziale della procedura esecutiva, è vano il credere che vi si possa impunemente supplire, adducendo per ragione che la notifica fatta direttamente alla parte è più favorevole.

È conseguenza di tutto questo che il procuratore costituito in prima istanza si ritiene investito di facoltà anche per la seconda.

c) *Pei contumaci il termine decorre dalla pubblicazione.* La pubblicazione della sentenza è definita nell'articolo 366. Ne segue che i contumaci non hanno diritto a notifica di nessuna sorta. Che abbiano facoltà di comparire in appello, lo dice chiaro questo medesimo testo che largisce anche ad essi lo stesso termine: ma se furono negligenti, siano ora diligenti al segno da informarsi del giorno della pubblicazione della sentenza, che del resto è tradizione dei precedenti Codici sardi. Perchè mai i contumaci sono trattati altrove con riguardo quasi rispettoso (art. 385, capov. 2), e qui sono così duramente negletti? Veramente non lo saprei dire: ma forse perchè già tanti furono gli argomenti della pubblicità nel processo di espropriazione, tanti furono gl'inviti, e sì lungo tempo è trascorso che la pazienza della legge si può dire esaurita.

d) *Se sia necessario notificare la sentenza al debitore.*

Anche il debitore può appellare; ma se non ha costituito procuratore, egli pure si considera contumace; e dovrà misurare il termine dalla *pubblicazione* della sentenza.

e) *Che dire dei creditori di sott'ordine* (articolo 715) *e dei chirografarii ammessi a partecipare il prezzo residuale?*

Niun dubbio ch'essi possano interporre appello; se dunque il creditore, a cui deve premere di finire questa lunga noia, notificherà anche ad essi la sentenza, restringerà loro il tempo, e li obbligherà a decidersi.

Del resto non saranno citati in appello se non si tratti di contendere a loro pregiudizio; salvo il danno che il creditore appellante può

(*) Articolo 368.

fare a se stesso per non averli citati, facendo passare in giudicato quella parte di sentenza che li riguarda.

f) Se la decorrenza del termine sia uniforme per tutti i notificati.

Non è una questione, ma giova rammentare la regola. Il termine corre uguale al notificante e al notificato. Il principio è stabilito nell'articolo 13. Il creditore procedente, continuando la sua marcia, può far notificare la sentenza a tutti gl'interessati: ciò è fuor di dubbio (*), anzi è nel diritto di ogni creditore, perchè facendo il proprio fa l'interesse di tutti, non come tacito mandatario, ma per l'interesse ch'egli stesso ha d'affrettare la risoluzione del giudizio. Ma la notificazione rispetto ai notificati, è atto singolare: la decorrenza del termine d'appello diversifica quanto diverso è il giorno della notifica.

3. *Citazione in appello.*

a) Estesa a tutti i creditori comparsi nel giudizio, avvegnchè le collocazioni di alcuni di essi non fossero contestate, sarebbe un superfluo dannoso all'intimante, ma non porterebbe nullità. Egli si esporrebbe a rifondere un cumulo di spese che può ben risparmiare. La legge, come deve, si restringe a ciò che è necessario a farsi, senzachè l'appello si renderebbe irrecevibile.

Ciò in principio, ma bisogna tenere in vista alcune cose. È vero che la legge sembra limitare l'obbligo della citazione d'appello *ai procuratori di quelle parti le cui collocazioni si contestino*, ma è molto facile a vedersi che *tutti i creditori posteriori* devono esser citati, essendo minacciata o messa in dubbio la loro posizione dall'intervento di un nuovo creditore che aspira di surrogarsi a qualche altro che occupa un posto relativamente anteriore, o intenda di spingerlo nei gradi inferiori, o venga a diminuire coll'aggiunta del suo credito il dividendo agli ultimi graduati. Ebbi occasione di avvertire in altro luogo, che un giudizio di graduatoria suole considerarsi come un *quid* giuridicamente individuo, e quasi un ente complesso; e ciò vuole affermarsi principalmente in fatto di graduazione sul prezzo di un immobile, poichè se divisibile è il prezzo, i rapporti ipotecarii si consertano talmente in un tutto armonico o in una scala progrediente, che non potrebbero saltuariamente definirsi. Quindi non varrebbe il dire che il non citato si rimane nella sua posizione sicuro, e la sentenza, quanto a lui, passa in giudicato, mentre il creditore, respinto da migliore a deterior grado, non potrebbe più ricevere la collocazione che gli pertiene, incontrandosi con un creditore posteriore che ha acquistata una posizione inviolabile. In mezzo a questo disordine la stessa cancellazione delle iscrizioni non sarebbe effettuabile (*V.* CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 2592 bis).

Guardiamoci nonostante dall'indeterminato. In qualche caso, secondo le circostanze del fatto, si troverà che non era necessario l'intervento dei posteriori, o di alcuno di essi.

Aggiungo che quantunque l'articolo 469, capoverso, sia scritto per gli appelli ordinarii, potrà anche aver luogo la *integrazione;* però, a mio credere, prima della udienza, o per rinvio che si ottenga a questo effetto.

b) Il *creditore istante* è sempre citato. Così il capoverso 2° dell'articolo 703, al quale siamo rimessi. Si domanda *se a pena di decadenza.*

È osservazione importante essere ciò stato espressamente sancito nell'articolo 859, capoverso 2 del Codice del 1859: sanzione non riprodotta nell'attuale. È inoltre riflessibile che l'articolo 707, condensatore delle nullità degli atti d'espropriazione, non fa motto dell'articolo 703. D'altro lato il creditore istante ha una speciale missione e il dovere di presentare i documenti del primo giudizio, senza limitazione. Tuttavia la non produzione non fa cadere il giudizio d'appello (contro quello che è cauto altrove, articolo 489), ma si risolve *in un'azione di danni* contro lo stesso creditore, che dopo la ingiunzione del magistrato non produsse quelle carte.

In quest'ambiguità, di fronte alla questione gravissima di decadenza e in presenza di leggi che non la pronunziano, è d'uopo procedere con qualche distinzione. Se la citazione del creditore istante è necessaria *per essere uno di quelli di cui si contesta il credito* o *la posizione d'ordine*, s'incorre nella decadenza per l'articolo 723, e non per la forza dell'art. 703;

(*) Eppure se ne disputò fra gli scrittori della materia. Parve ad alcuni di vedere che il creditore procedente esercitasse con ciò una specie di *mandato legale* per gli altri creditori che non gli può essere accordato, arrogandosi egli in certo modo di far decorrere il termine dell'appello per tutti; invece la notificazione dovrebbe essere reciproca. Obbiezione inetta! Sopratutto prevalse il riflettere che il creditore non fa che esercitare un diritto suo proprio, nascente dalla sentenza che ha riportata; *e che rapporto ai ritardatarii in un giudizio d'ordine*, che impediscono agli altri di toccare il loro danaro, *la sentenza inchiude una condanna* (PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 240; FAVARD DE LANGLADE, tom. I, pag. 66, ecc.). La giurisprudenza è conforme nei risultati; poco importa il motivo determinante.

come avviene omettendo la citazione di una parte necessaria. Se il creditore istante non fosse parte necessaria, l'appellante che mancò di citarlo, dovrebb'egli stesso incaricarsi *di produrre i documenti del primo giudizio;* e ciò non eseguendo, l'effetto sarà pure la decadenza per una giusta applicazione dell'articolo 489; mentre l'appellante non si libera da questa necessità del giudizio d'appello, se non citando il creditore istante, e lasciando così pesare totalmente sopra lui una obbligazione che in quel caso si risolve in un'emenda di danni. Ma se lo stesso appellante produce tutto l'apparecchio degli atti, se il creditore procedente rimanesse fuori di contesa, l'inosservanza dell'articolo 703 non porterebbe sino alla decadenza.

c) Se altre volte si è dubitato, e presso noi e in Francia, se la citazione d'appello in questi giudizi dovesse contenere tutti i requisiti sostanziali della citazione per gli appelli ordinarii, oggidì ogni dubbio è tolto nella giurisprudenza (*Commentario al Codice sardo*, tom. v, p. 615); e s'intende, compatibilmente colle specialità di questo rito eccezionale.

4. *Del procedimento in appello.*

a) Non è che il *fac-simile* di quello che si argomenta dall'articolo 703. Diciamone ancora una parola. Il processo è sempre sommario (articolo 573), non può passare in altra forma (articolo 391) per quanto gravi e moltiplici siano le controversie che si riuniscano in questo appello. Adunque, benchè non occorra quella condizione estrinseca del procedimento sommario designato al n° 3 dell'articolo 389, cioè l'*udienza fissa*, l'articolo 573 ne determina il carattere in un modo assoluto (*). Ma il termine preliminare per comparire (giorni dieci), più o men lungo, poco importa, permette l'applicazione dell'articolo 390; cioè la *iscrizione in ruolo di spedizione*, il diritto delle difese e delle *comparse conclusionali*. Bisogna eccettuarne la *consegna dei mandati, delle dichiarazioni ed elezioni di domicilio*, di cui nel capoverso 1° dello stesso articolo 390. È una troppo stretta prosecuzione del primo giudizio, dappoichè a vece delle parti sono citati i procuratori, riconosciuti quindi come mandatarii legittimi dei loro rispettivi clienti per quelle facoltà di cui vennero forniti nel giudizio precedente.

Che nel modo stesso col quale sono notificate le citazioni debba seguire la notificazione della sentenza definitiva, è una regola che può chiamarsi di ermeneutica giudiziaria, che si riproduce in ogni contingenza; quindi agli *stessi procuratori* sarà notificata la sentenza d'appello.

Al debitore che, essendo contumace fu citato *per affissione* (articolo 695, capoverso 2°), sarà in ugual modo notificata la sentenza.

Se creditori, non prima comparsi, si fossero presentati in appello, si notificherà ai loro procuratori.

È da avvertire che *i creditori non comparsi non sono citati in appello.* Non è mai con essi che si possa elevar contesa di collocazione.

b) Sono venuto memorando che il creditore non comparso nel primo giudizio, benchè non abbiasi a notificargli la sentenza, e neppure la citazione d'appello, può nondimeno appellare. Non ignoro che qualche magistrato, regnando in Piemonte una legislazione non dissimile, ha sentito altrimenti (Corte di Chambéry, 1° aprile 1857, BETTINI, t. II, pag. 688). Ma so pure che si ammetteva la legittimità dell'intervento. Il diritto di appellare è manifesto per l'articolo 725; lo era anche al tempo di quella decisione per l'articolo 832 del Codice sardo del 1854. Non mi cape in mente come i creditori ipotecarii, non comparsi, o perchè non comparsi, diventino *terzi;* e non si apra ad essi che la porticina di fianco dell'intervento, troppo stretta per non essere contrastata (articolo 491), invece della porta comune dell'appello (**). Ma cosa mai verranno a fare in appello questi creditori che se ne stettero muti, oziosi nel primo giudizio?

f) Domande nuove.

Tanto più è motivo in noi di proporci quel dubbio che, a differenza della legislazione del 1854, i creditori non comparsi *prima della relazione della causa all'udienza* non sono più ricevuti nelle loro domande di collocazione, che si ritengono *domande nuove*, inammissibili *anche in appello* (articolo 714). Non possono venire in appello che *quali eccipienti contro le altrui pretese;* non possono chiedere collocazione per sè, bensì combatter quelle che sono state aggiudicate. E in ciò possono portare un vero e reale interesse. Faccio un caso singolare, ma che spiega l'idea. *A* e *B*, creditori

(*) È un procedimento sommario che non trova un vero riscontro nell'art. 389; ma è tale per una legge, che lo estende a *tutte le controversie sulle esecuzioni.*

(**) Quel modo di considerare il creditore non comparso, come tale *che avrebbe avuto diritto di fare opposizione di terzo*, fu diviso da qualche decisione francese (*Rennes*, 26 maggio 1815); respinge questa idea il CHAUVEAU. Quanto a noi non dobbiamo tralasciare un'avvertenza: che il creditore non comparso nel primo giudizio, volendo appellare, dovrà farlo *dall'istanza di omologazione*, che ne dichiarò la decadenza (art. 716), che altrimenti sarebbe cosa giudicata a danno suo.

ipotecarii, sono stati graduati sopra un prezzo di 1000, l'uno per 600, l'altro per 400. *C* vantava un'ipoteca anteriore ad amendue per un eccellente credito di 1000, ma dormì per tutto il corso del giudizio, e si è risvegliato in appello. Egli non può più produrre i suoi titoli per ottenere il grado che gli competerebbe, e così escluderli; ma si accinge a dimostrare che nessuno dei due creditori collocati ha credito, e prova che furono pagati. Ne seguita ch'egli solo rimane padrone del campo, e senz'altro contrasto raccoglie tutta la somma del prezzo.

Una parola del debitore in appello. Se ha dedotto eccezioni contro dei crediti ch'egli credeva insussistenti, o altro che fosse del suo diritto, lo stesso piato verrebbe deducendo in appello senza far novità. Non potrebbe per altro impugnare l'ordine di collocazione: tale eccezione non gli compete (CHAUVEAU, questione 2590 bis).

g) Dell'intervento in appello.

Ho rammentato l'articolo 491. I *creditori non comparsi appellano*, non *intervengono*; essi non sono terzi, molto meno sono di quella razza contemplata dall'articolo 491 (*). Ora vediamo se ce ne sono altri. Sì: *quei creditori ai quali non fu notificato il bando* (art. 668): e, perchè non chiamati a dispetto del loro diritto, non sono in causa. Essi perciò, nonostante l'azione di nullità che possono esercitare, *quoad jus*, sono terzi, e possono opporsi alla pronunzia di quella sentenza che più tardi potrebbero far annullare.

5. *Dell'appello incidente e adesivo.*

Abbiamo dichiarata a luogo la natura di questi modi di appellazione (articoli 477, 488). L'articolo 725, nel quale tutto è supremamente compendiato, non fa richiami, come non ne fa la legge francese. Ma il CHAUVEAU ebbe due volte a decidere (quest. 1573, tom. III, p. 628, ediz. 3ª, e quest. 2586 quat., tom. VI) che l'*appello incidente* è una necessità anche nei giudizi d'ordine: più forte, per avventura, io aggiungo, che in altri giudizi. L'appello rimette spesso in problema ogni cosa; e lo stesso appellato ha interesse che non passi in giudicato qualche parte della decisione a lui contraria, o sia ammesso in appello qualche suo diritto che nell'attuale condizione di cose gli è indifferente o inutile. Quanto al termine, l'appello incidente non osserva il termine rigoroso dell'appello principale: ciò è già stabilito nell'articolo 487, alle cui annotazioni debbo rimettermi.

Una osservabile decisione della Corte di Casale, del 23 agosto 1865 (BETTINI, t. II, p. 574), stabilisce che nei giudizi di graduazione la facoltà *di appellare per incidente* non si limita, come nei casi ordinarii, nei rapporti dell'appellato e dell'appellante; ma la reciprocità degli interessi fa ritenere ch'esso possa aver luogo fra gli stessi coappellanti.

6. *Se morto o cessato dall'esercizio il procuratore dopo la pronunzia della sentenza e prima della notificazione, si provvegga colla notifica alla parte, e resti tuttavia fermo il termine perentorio dei quindici giorni ad interporre appello.*

Il quesito ha la sua importanza; ma non pare difficile la soluzione, quantunque alcuni autori, professando un'opinione che non è la nostra, fra i dubbii della giurisprudenza francese, ne abbiano fatto un arduo problema (BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*; CHAUVEAU, quest. 2586). Nella data ipotesi la notifica *si fa alla parte personalmente*. Ciò è determinato dall'articolo 367, capoverso 2º, ed è notevole quest'ultima prescrizione, *la notifica è personale*. Nella suddetta ipotesi pertanto, dovendosi applicare la speciale e apposita disposizione dell'art. 367, sarebbe esclusa la notifica al *domicilio della iscrizione*, e qualunque altro metodo che non fosse la notifica personale. Pensano i citati autori che in quel caso debba cessare la disposizione eccezionale dell'articolo 763 del loro Codice, che prescrive il termine di dieci giorni all'appello; e debba farsi luogo al termine comune (che per noi è di trenta o di sessanta giorni). La somma ragione che si adduce è il pericolo dell'intimato; la difficoltà di trovare un altro procuratore, e di provvedere in sì breve tempo all'appello. Cotali difficoltà sono esagerate, e io credo che il termine rimanga qual è, cioè di quindici giorni. Certo la legge ha avuto il suo forte motivo obbligando alla notificazione personale (e s'intende anche a residenza o domicilio) quando viene a mancare d'improvviso il difensore, nei casi in cui è necessario: uno dei quali sarebbe senza dubbio nel presente articolo 726.

(*) Spieghiamoci. *Il non comparso è compreso nella sentenza di omologazione*, che ne pronuncia la decadenza. Esso deve adunque servirsi del mezzo ordinario e diretto, l'appello; e non dell'indiretto e suppletivo, che è l'intervento. L'articolo 491 è un beneficio d'equità accordato a chi più propriamente avrebbe dovuto essere chiamato in causa; il creditore ipotecario che non comparve in verun termine, e lascia trascorrer anche quello dell'appello, è licenziato da ogni diritto.

Articolo 726.

Quando la sentenza del tribunale sia riformata, otto giorni dopo la notificazione di quella della corte, e sulla presentazione della medesima, il giudice delegato in contraddittorio dei procuratori stabilisce definitivamente lo stato di graduazione a norma della stessa sentenza, e ordina la spedizione delle note di collocazione ai creditori in conformità dell'articolo 717.

Se sorgano controversie sul modo col quale debba stabilirsi definitivamente lo stato di graduazione, il giudice rimette le parti avanti la corte.

Annotazioni.

1. L'appello, essendo sospensivo, ha lasciate le cose come si trovavano. Osserviamo qualcuna delle conseguenze di tale sospensione.

Le *note di collocazione* non possono essere mai spedite se non è passato il tempo e il pericolo dell'appellazione. Quindi tuttociò che ne conseguita, l'obbligo del pagamento nel compratore, il diritto di cancellare le ipoteche, tutto rimane sospeso. Decisa la causa in appello, il giudice delegato *stabilisce definitivamente lo stato di graduazione*. Ciò può intendersi di due maniere. In quanto cioè sia stata riformata la sentenza di omologazione; o in quanto la riforma sia caduta sulla conseguente liquidazione e accertamento dei crediti. Il giudice non è altro che l'esecutore della decisione superiore alla quale deve conformare il suo nuovo disegno. *Sarà pur essa questa opera di riforma soggetta ad omologazione* nel primo caso; nel caso cioè che sia stata riparata la sentenza stessa di omologazione, ed abbiano pressochè a rinnovarsene le conclusioni?

Motivo di dubitare, che essendo un'operazione nuova quella del giudice delegato dopo una riforma, che può anche supporsi totale, della sentenza del tribunale, egli sarebbe l'interprete indipendente della sentenza d'appello, e il suo nuovo progetto mancherebbe della sanzione del tribunale. Ma l'articolo 726 è composto in modo che non lascia attecchire il dubbio. Il tribunale è già fuori d'azione. Il giudice (delegato piuttosto dalla legge che da un particolare magistrato) opera quale esecutore, secondo ho già detto, della sentenza medesima della Corte, *alla quale*, sorgendo controversie, *rimette le parti:* disposizione della più chiara evidenza.

2. Osserviamo come di fronte a questa combinazione siano eseguibili gli articoli 723 e 724.

Pendente l'appello, l'applicazione dell'articolo 723 non è possibile rispetto ai creditori *che vi sono compresi*. Non così *pei non compresi*, i quali si trovassero nella condizione del 1° capoverso dell'articolo 717 e dello stesso articolo 723. Il tribunale mantiene rispetto ad essi la sua facoltà, non essendovi rispetto ad essi appellazione; onde in ogni tempo potrà il compratore invocarne l'autorità per gli effetti di questo provvido ordinamento.

Conviene risolvere altrimenti per l'art. 724. Non può il tribunale, pendente l'appello, prendere una misura che riguardi il generale del ceto creditorio, disporre del prezzo, decidere sulle cautele dell'investimento a comune profitto. È d'uopo rivolgersi alla Corte, salvochè non si trattasse semplicemente degli *interessi scaduti* a favore di creditori *evidentemente anteriori e certi*, e di più non compresi nel giudizio d'appello.

3. Per ciò che spetta alle forme particolari di codesti giudizi, ricordiamo le disposizioni del *Regolamento per l'attuazione del Codice di procedura civile*, dall'articolo 234 a 242.

Digitized by Google

CAPO III.

DEL GIUDIZIO DI PURGAZIONE DALLE IPOTECHE

OSSERVAZIONI GENERALI

La Sezione x del Titolo XXIII, Libro III del Codice civile, e questo Capo del Codice di procedura, stanno fra loro non solo in rapporto di causalità giuridica e di modalità rituale, secondo la perpetua attinenza della legge giudiziaria colla civile, ma si consertano eziandio nelle forme e nel modi, toccandosi davvicino e quasi confondendosi le disposizioni, quasichè il legislatore restasse in dubbio a quale dei due Codici dovrebbe consegnarle. Così appartengono alla modalità esecutiva quelle degli articoli 2043, 2044, ed altri dei seguenti articoli del Codice civile, e la procedura li raccoglie, li modifica e li spiega. Ecco il concetto complesso dei due statuti. Il Codice civile determina per quali condizioni e requisiti l'acquirente sia ammesso alla liberazione ipotecaria (articoli 2040, 2041, 2042); il modo con cui il terzo possessore esordisce e si mette in comunicazione coi creditori iscritti (articoli 2043, 2044); quali siano i diritti dei creditori iscritti e a quali ingiunzioni soggetti (articolo 2045); le conseguenze del non richiesto incanto (articolo 2046); gli obblighi del compratore all'incanto (articoli 2049, 2050); accenna alle azioni di regresso dell'acquirente (art. 2052); scioglie la questione delle moltiplicità materiali, moderando l'esercizio del diritto (art. 2053). Il capitolo del Codice di procedura si divide in cinque parti: 1ª Operazioni preliminari del giudizio (articoli 727, 728, 729); 2ª Prescrizioni a carico del creditore o fideiussore che provoca l'incanto (articoli 730, 731, 734, 735); 3ª Ordinamento del tribunale e mezzi di pubblicità (art. 732, 733); 4ª Effetto della offerta del creditore all'incanto (art. 735); 5ª Giudizio delle nullità e trasgressioni (articoli 737, 738, 739).

Articolo 727.

L'acquirente che voglia procedere al giudizio di purgazione deve presentare, con ricorso al presidente del tribunale competente per la spropriazione

1° Il titolo del suo acquisto, col certificato della trascrizione di esso;

2° Il certificato delle ipoteche iscritte utilmente sopra i beni acquistati;

3° Il certificato dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori.

Annotazioni.

1. L'*acquirente*. Forse *ogni acquirente?*

La liberazione ipotecaria, generata dall'espropriazione o dalla purgazione volontaria, è fra quegli istituti che non si svolgono dal diritto delle convenzioni, ma vi si oppongono; ossia porta le convenzioni ad un esito che non era nell'obbiettivo dei contraenti. Chi ha dato il suo danaro a mutuo per dieci anni, colla guarentigia di un immobile, non ha dato il suo assenso, perchè dopo due anni la sua ipoteca sia quasi forzatamente cancellata, e la restituzione del capitale gli venga fatta prima del tempo. Egli subisce questa condizione come si subisce ogni altra lesiva della proprietà particolare in vista di un interesse generale. E vi ha di più sotto questo aspetto. La facoltà stessa dell'esercizio del diritto è una prerogativa dell'azione: ora questa facoltà passa nell'acquirente; egli detta la legge del tempo, egli propone a tutta soddisfazione quella misura di

prezzo per cui egli medesimo ha acquistato il fondo, e mette in tal qual modo i creditori in condizioni angustiose, facendo pesare sopra di essi sino ad un certo punto le conseguenze del proprio contratto. Malgrado tali considerazioni, ben rilevanti, la purgazione ipotecaria a favore del terzo possessore è una delle conquiste della civiltà giudiziaria nell'interesse commerciale.

La giurisprudenza, concorde di qua e di là dalle Alpi, aveva già ristretta la portata dell'articolo 2181 del Codice napoletano, e 2181 dell'albertino, dichiarando che chi è *obbligato personalmente* non può valersi di questa facoltà.

Il terzo possessore sopraccarico d'ipoteche, in ogni caso di forte pressione dei creditori, è sempre in una condizione di libertà: quella di rinunciare il fondo e andarsene pe' fatti suoi. A questo *diritto negativo* gli si aggiunge un *diritto positivo*, un diritto d'azione; quello di purgare il fondo, ed è quello di cui parliamo. Tale principio ha avuto una solenne consacrazione nel Codice novello (articolo 2040). Il *debitore personale* non ha diritto di liberarsi dal fondo per liberarsi dal debito; può bene sbarazzarsi della proprietà, ma il debito gli rimane nelle ossa come un morbo organico. La sua operazione resterebbe senza scopo, anzi sarebbe impossibile.

Mi devierei dal soggetto ricercando chi sia e quale no, in una data condizione giuridica, l'*obbligato personale* (*).

2. *Trascrizione.*

Intanto l'articolo 727 si rannoda al 2040 del Codice civile relativamente alla *trascrizione.*

Ci fermeremo un poco più sulla parte ipotecaria ancor nuova e del più vitale interesse.

L'articolo 1932 del Codice civile descrive con accuratezza le categorie degli atti trascrivibili. È uno degli onori del nuovo Codice. Bisogna però sciogliere alcuni dubbii che fanno sentire la loro influenza sull'esercizio di questa azione, e quindi attinente allo studio della procedura.

Questa celebre formalità della *trascrizione* non era prima d'ora bene accertata nell'ampiezza de' suoi effetti. È noto che, per la legge di brumaio, la trascrizione era condizione indispensabile al trasferimento della proprietà; era di essenza dell'alienazione. Si sa come restasse cosa inconcludente sotto la legge del Codice civile, onde GRENIER potè dire: « Le « Code civil dénatura la trascription, relati- « vement à ce qu'elle était auparavant » (*Des hypothèques*, n° 332). Niuno ignora la missione riparatrice degli articoli 834 e 835 della procedura, e la nuova fase in cui entrò per essi il sistema ipotecario speciale alla purgazione. I creditori ipotecarii ebbero ancor tempo quindici giorni dalla trascrizione ad iscrivere le loro ipoteche onde aver voce per promuovere gli incanti. Non si aveva allora, e forse non si ebbe di poi, un concetto chiaro della trascrizione, mercè la quale si trasmette perfettamente la proprietà, cioè non solo nei rapporti del possesso e del dominio naturale del fondo, ma eziandio nei rapporti ipotecarii, quanto dire alla pienezza degli effetti civili. Questa verità, già sentita, ed anche in qualche altra legislazione affermata, è stata da ultimo consacrata dall'articolo 1942 del Codice civile, alla cui luce si fa chiara la disposizione del nostro art. 727, n° 1: « L'acquirente deve pre- « sentare il suo titolo d'acquisto col *certificato* « *della trascrizione di esso* ». Senza la trascrizione, il terzo possessore non ha qualità per misurarsi a qualsivoglia effetto col creditori ipotecarii, perchè, rispetto a loro, non è proprietario dell'immobile. « Le sentenze e gli « atti enunciati nell'articolo 1932, *sino a che* « *non siano trascritti*, non hanno alcun effetto « riguardo ai terzi che a qualunque titolo « hanno acquistato, e legalmente conservato « diritti sull'immobile ». Il concetto è completato dal 2° capoverso dell'articolo suddetto. « Seguita la trascrizione, non può aver effetto « contro l'acquirente veruna trascrizione od « iscrizione di diritti acquistati verso il pre- « cedente proprietario, e quantunque l'acqui- « sto risalga a tempo anteriore al titolo pre- « scritto ».

3. *Del titolo e della sua validità ed efficacia.*

Prima condizione del titolo è la sua naturale abilità a trasferire il dominio; il giudizio di liberazione ipotecaria è, nel più alto grado, l'esercizio di un diritto di proprietà.

La trascrizione rimane sempre qual è: *un accessorio del titolo*, quantunque condizione del suo perfezionamento. Onde due teoremi: 1° che essa è valida ed efficace in quanto sia valido ed efficace il titolo, e non altrimenti; 2° che la trascrizione produce quell'effetto di cui è capace la natura dell'atto a cui si associa, e dove questo non fosse abile a trasferire il dominio, essa non ha che un'importanza correlativa.

Osserviamo in ordine al primo, per toccare

(*) Vedi intorno a ciò TROPLONG, *De hypot.*, n° 908.

di alcuno de' suoi fondamenti, e non a compiuta dimostrazione, che piuttosto appartiene agli illustratori del Codice civile, che un titolo vizioso e nullo non costituisce azione pel giudizio di purgazione (BATTUR, n° 556, 557): e questo è facile a dirsi. Ma importa il sapere se i creditori ipotecarii possano sorgere a combattere il titolo qualora o i vizi siano intrinseci, non apparenti, e per rilevarli si richiegga un lungo e formale giudizio; o la eccezione appaia *de jure tertii*, per esempio se si tratti di simulazione o di frode a danno di un contraente, e non per fabbricarsi un titolo mentito a comodo della purgazione, nel qual caso il diritto di eccezione nei creditori sarebbe evidente; o finalmente, che è ancora più arduo, se possano i creditori allegare eccezione nascente dallo stato personale, come di un minore, in contemplazione del quale sarebbe indotta. Io trovo che la dottrina del fòro si è venuta allargando di mano in mano sul tema del diritto di eccezione, facendosi, se può dirsi così, più liberale; e tolline casi, che sogliono anche specificarsi dalla legge, basta provare l'interesse onde valersi di ogni eccezione che sorga da titolo che altri spiega a danno vostro. I creditori hanno certamente interesse, come dissi a principio, di ripulsare una pretesa che circoscrive la loro posizione e limita il loro diritto (*).

Una vendita *a condizione sospensiva* non fornirebbe titolo d'attualità, nè quindi azione (BATTUR, n° 540); ma altro dovrebbe dirsi della *condizione risolutiva*. La proprietà è trasferita non irrevocabilmente, ma validamente. Lo stesso si dirà della vendita con patto di ricupera o riscatto (BATTUR, n° 558, 559; GRENIER, n° 367).

Quanto alla *seconda proposizione* o teorema, è manifesto, per l'articolo 1932 del Codice civile, che la trascrizione è imposta eziandio ad atti che non trasferiscono la proprietà, sull'appoggio dei quali non potrebbe esercitarsi il diritto di purgazione, come i contratti di locazione, benchè eccedenti gli anni nove; quelli di cessione di pigioni o di fitti, benchè oltre i tre anni; non avendo la trascrizione altro effetto che la scienza del fatto onde prevenire gli inganni e le frodi.

4. *Della purgazione parziale.*

L'acquirente di una parte dei beni soggetti alle ipoteche, dalle quali intende liberarsi, non può esser respinto dall'esercizio di questa azione, e perchè la legge non distingue, e perchè nulla è più ovvio di vendite giudiziali d'immobili sui quali pesano ipoteche che si estendono ancora ad altri fondi (DURANTON, n° 345).

5. *Della iscrizione dell'ipoteca legale.*

L'articolo 1969 del Codice civile descrive le principali applicazioni dell'*ipoteca legale*, ma non sono le sole. La ipoteca legale non ha cangiato natura nel nuovo Codice: essa è sempre quella che nasce dalla legge indipendentemente dalle convenzioni: solo si è determinata, sicchè ha perduta la prerogativa poco desiderabile che soleva avere, di essere anche un'*ipoteca generale* (articolo 2176 del Codice albertino). È questa una delle condizioni dell'esercizio del diritto di purgazione, e tende a garantire sul medesimo fondo *il pagamento del prezzo della vendita o del valore dichiarato.* (Intorno a ciò, vedi l'articolo seguente).

6. *Del tempo sino al quale si può esercitare la facoltà della purgazione.*

« Tale facoltà gli spetta (al terzo acquirente), « dice l'articolo 2041 del Codice civile, anche « dopo la notificazione del precetto menzio- « nato nell'articolo 2014, purchè nei venti « giorni successivi faccia trascrivere il suo ti- « tolo che non fosse stato trascritto, e nel ter- « mine di giorni quaranta dopo la notificazione « del precetto, proceda in conformità degli ar- « ticoli 2043 e 2044 ».

La introduzione di questa procedura, mediante la intimazione del precetto al terzo possessore, contro il quale si dirigono gli atti di spropriazione, è divisata nell'articolo 706. Il precetto gli prefigge un termine di 30 giorni, come abbiamo veduto a suo luogo; i primi venti gli sono utili per *trascrivere il suo titolo di acquisto.* Se lo avesse già trascritto, non avrà egli a far nulla? Non dovrà in ogni caso render nota la sua volontà di procedere alla purgazione, mentre l'altra parte, scorsi i trenta giorni, è in diritto di continuare i suoi atti? (articolo 662). La legge non dice questo; ma la ragione supplisce. Il terzo possessore dovrà fare un intimo al creditore procedente, s'egli voglia godere del termine dei quaranta giorni per intraprendere il suo giudizio: favore che egli riceve dalla nostra legge, mentre la francese, alquanto più avara, lo tiene stretto a quello dentro il quale il creditore può eseguire il pignoramento (articolo 673 del Codice di procedura civile francese, articolo 2183 del Codice napoletano).

Il termine è perentorio. Così giudica TROPLONG, contro una molle e non giusta opinione del DALLOZ (*Des hypothèques*, n° 916).

(*) Su questo soggetto può vedersi ciò che lungamente ne scrive il GRENIER (*Hypot.*, n° 368).

Articolo 728.

Il presidente con decreto dichiara aperto il giudizio di graduazione, indicando o nominando il giudice delegato per il medesimo: stabilisce un termine, non minore di giorni quindici e non maggiore di trenta, entro il quale debbano farsi le notificazioni e l'inserzione richieste dagli articoli 2043 e 2044 del codice civile: ordina ai creditori di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate e i documenti giustificativi nel termine di giorni quaranta dalla notificazione.

Il decreto si trascrive negli atti di notificazione, i quali devono contenere anche la costituzione del procuratore dell'istante.

Annotazioni.

1. Il presidente pronuncia un *decreto*, non un'*ordinanza*. Il decreto è un *provvedimento* emanato senza citazione (articolo 50). Per se stesso è un decreto di ordinatoria, non gravante, non soggetto a reclamo. Ma perchè non potrebbe mettervisi dentro una questione di diritto? Non si potrebbe contrastare all'istante le qualità di terzo e provarsi la sua obbligazione personale? (*) ovvero non si potrà mostrare che egli è decaduto per trascorso di termini? In questi e simili casi si potrà portare il reclamo al tribunale; e potrà anche ammettersi l'appello (articolo 738).

Se la questione è decisa contro il terzo possessore, il processo di spropriazione continuerà ad istanza di quel creditore che colla notificazione del precetto lo avesse già iniziato. Se non si avesse questo precedente, il possessore del fondo se ne starebbe alla balìa dei creditori per quel tempo che loro piacesse di lasciarlo sotto il peso dei debiti e di vincoli ipotecarii ove il possessore non preferisse di finirla col pagar tutti. Questa è invero la peggior condizione che gli possa toccare, di esser privato della *sua iniziativa*, e di non aver più libertà di mondarsi da quella lebbra delle ipoteche. Difatti, ben guardando, è questo il principale vantaggio della sua posizione di terzo: del resto in poco differisce dal terzo possessore che subisce la spropriazione, perchè sebbene egli venga avanti colla offerta del prezzo contrattuale o di un valore dichiarato, come ora diremo, esso può essere di lunga superato nell'incanto, e vedersi costretto a rinunciare il fondo.

2. Il decreto è notificato *insieme agli atti*, dichiarazioni e documenti che sono il preliminare essenziale di questo giudizio, secondo i due articoli del Codice civile nel presente citati; non quindi separatamente, benchè la notifica separata del decreto non porterebbe veruna mala conseguenza.

Articolo 729.

L'inserzione e le notificazioni, di cui nell'articolo precedente, devono essere compiute nel termine stabilito; in difetto, i creditori iscritti possono chiedere di essere surrogati all'acquirente a norma dell'articolo 575, a spese e rischio del medesimo.

Nel caso indicato nell'articolo 2041 del codice civile, tutte le formalità anzidette devono compiersi, sotto pena di decadenza, nel termine di giorni quaranta stabilito nello stesso articolo.

Il certificato dell'usciere comprovante le notificazioni, e l'esemplare del giornale contenente l'inserzione, sono, nel termine di giorni cinque dall'ultima notificazione o inserzione, consegnati dall'istante al cancelliere per essere uniti ai documenti indicati nell'articolo 727.

(*) Per esempio ch'egli è erede del debitore, o fideiussore solidale, o accollatario dei debiti iscritti sul fondo? S'egli non fosse che accollatario parziale, cioè di alcuni debiti iscritti, ritengo potrebbe tuttavia procedere alla purgazione, salvo l'obbligo suo di completare il pagamento di quei crediti che non venissero interamente soddisfatti, o di pagarli del tutto se non avessero parte sul prezzo.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. L'articolo 2043 del Codice civile ordina la notificazione *per mezzo di usciere ai creditori iscritti* (*). Anche a quelli venuti dopo la trascrizione a carico dell'antico proprietario? Quantunque, giusta l'articolo 834 del Codice di procedura civile francese, i creditori, o almeno cert'ordine di creditori, potessero iscrivere utilmente le loro ipoteche entro i quindici giorni dalla trascrizione dell'atto traslativo della proprietà, l'articolo 835 dichiarava il nuovo proprietario non avere obbligo *di fare le notificazioni prescritte* se non a quei creditori che avessero presa iscrizione anteriormente. Vero è però che questi ultimi arrivati avevano, come gli altri, il diritto di provocare il pubblico incanto. Ma forse dal rapido svegliarsi che fecero alla notizia della trascrizione, e dal piglio del compratore per venire alla purgazione dello stabile, la legge pensò che sarebbe gente da informarsi per se stessa di ciò che accadeva; o per altra ragione che io non so (**). Ma poco monta. Quanto a noi, è certo che i creditori del venditore venuti dopo la trascrizione non hanno voce nel giudizio e speranza di grado. Non esistono. Fate attenzione a quell'espressione dell'articolo 727, n° 2: il certificato delle ipoteche *iscritte utilmente*, ecc.

Piuttosto non è inutile il sapere se, comparendo iscrizioni, bensì dopo la trascrizione, *ma a carico del compratore*, tali creditori meritino di esser considerati nel giudizio che va a farsi.

Il compratore non è obbligato da veruna legge a chiamare cotali creditori suoi proprii in un giudizio di purgazione che non è fatto per loro. Come verrebbero a mescolarsi coi creditori del venditore, rimpetto ai quali solamente il compratore ha qualità di terzo? La loro speranza non sarebbe che in un solo e raro caso di una eccedenza nella somma del prezzo; ma è chiaro che allora il compratore sarebbe andato per la via semplice e piana della dimissione dei debiti: è questo un giudizio che sta ordinariamente di fronte ad una massa imponente di debiti alla quale nessun prezzo arriva. Nella più favorevole ipotesi, quei creditori sarebbero sequestranti sull'avanzo del prezzo.

2. *La notificazione è fatta al domicilio eletto nella iscrizione.*

Questione, se possa farsi eziandio al *domicilio reale*, che il Dalloz, con Persil, risolve affermativamente sul riflesso che questo modo è indotto a favore, ossia a maggior comodo del notificante. È l'opinione dei più (Zachariæ, § 294; Balleroy de Rinville, t. II, pag. 459; Grenier, tom. II, pag. 438). Sta in opposto Van Hoogten, sostenendo che la legge ha uno scopo, quello delle minori spese. All'illustre professore è facile rispondere, che quando l'affare si riduce alle spese, ciò che può accadere si è, che chi le ha fatte non avrà diritto a rimborso.

3. *Effetto della omissione della notificazione a un creditore utilmente iscritto.*

Se la omissione proviene per colpa del precedente, e non del conservatore, Troplong avvisa a due diritti di quel creditore non chiamato: egli potrà farsi richieditore del pubblico incanto in qualunque tempo (***): e relativamente a lui la vendita giudiziale non effettua di diritto la purgazione; egli potrà sempre colpire il proprietario colla sua azione ipotecaria anche dopo l'aggiudicazione, o il deliberatario appresso il suo acquisto (*Des hypoth.*, n° 920). Nessun dubbio; la prima proposizione però deve intendersi *cum grano salis*, quando cioè l'incanto non sia stato chiesto da altro creditore, ovvero non sia già seguita l'aggiudicazione definitiva.

4. *Delle enunciative imposte al terzo possessore dall'articolo 2043 del Codice civile.*

a) Dichiarazione del prezzo o del valore.

Anche in quest'atto, che è di tanto interesse, vi avranno delle parti più o meno sostanziali, la cui trasgressione può produrre o non

(*) Stimo utile porre sott'occhio l'intero tenore di quell'articolo:

« L'acquirente farà notificare per mezzo d'usciere ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, ed al precedente proprietario

« 1° La data e natura del suo titolo;

« 2° La qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo;

« 3° Il prezzo stipulato o il valore che dichiarerà, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato;

« 4° La data della trascrizione;

« 5° La data e il numero d'ordine dell'iscrizione menzionati nell'articolo precedente;

« 6° Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra i detti beni, prese contro i precedenti proprietarii anteriormente alla trascrizione.

« Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni; nella seconda il nome o cognome dei creditori; nella terza l'importare dei crediti iscritti ».

(**) Il Duranton fece in questo proposito una osservazione, che è una severa critica di quella legge. Ma come farete, dice egli, se non vi fossero che creditori iscritti nei quindici giorni? E qui spende parole oltre il bisogno (n° 374).

(***) Vedi il termine stanziato dall'articolo 2045 del Codice civile.

produrre nullità; e in pratica non sarà difficile formarsi un concetto di ciò che è essenziale, e di ciò che non è. La *dichiarazione del prezzo* o *valore* è quella parte della denunzia che ha richiamato di più l'attenzione.

L'oggetto è palese: si tratta di approvare o disapprovare quel prezzo che costituisce l'offerta del compratore. Colla tacita adesione dei creditori, o per mala riuscita dell'incanto, esso diviene il prezzo definitivo.

Osservo intanto che qualche disputa nata in Francia per oscurità di legge, è tolta via per i nostri Codici. L'articolo 2183 del Codice civile francese, n° 1, ordina denunziarsi « il prezzo « ed i carichi formanti parte del prezzo della « vendita, o *la valutazione della cosa se questa « è stata donata* ». Con un testo simile è stato possibile alla Cassazione francese il decidere, che il compratore non è tenuto alla dichiarazione del prezzo o del valore in fatto di permuta, e perchè non vi fu prezzo determinato, e perchè non trattasi di acquisto a titolo lucrativo, ritenendo invece che spettasse ai creditori il fare la valutazione dell'immobile acquistato in confronto di quello che è stato ceduto (3 aprile 1815, SIREY, t. XV, part. I, pag. 207): massima che il TROPLONG ha confutata vittoriosamente (*Des hypothèques*, n° 925). Dotto di tali controversie, il legislatore piemontese dettò in modo diverso nell'articolo 2306, n° 3: ed ora vediamo felicemente riprodotta quella dizione « il prezzo stipulato o il valore che di- « chiarerà, se si tratti di fondi avuti a ti- « tolo lucrativo, o *il cui prezzo non fu deter- « minato* ».

b) Della valutazione dei pesi accollati al compratore (*).

Non deve sfuggire un'altra notevole differenza fra il testo francese ed il nostro; il che serve anche ad illustrazione della nostra medesima legge. Il Codice francese prevede il caso, che invero nei contratti di vendita è frequente, che siano stati accollati al compratore dei pesi, per esempio, una rendita vitalizia. L'articolo 2183 ingiunge la denunzia dei *carichi formanti parte del prezzo del fondo.* Quella legge non faceva parola della valutazione o del modo di valutare tali accollazioni: molto meno ne discorre la nostra, che non parla neppure delle accollazioni. TROPLONG che esamina questo articolo sotto il punto di vista della espressione del valore che, secondo lui, malgrado il silenzio della legge, deve sempre essere dichiarato, produce una bella distinzione che giova qui registrare.

Due ipotesi. *Prima:* il creditore si è accollato debiti puramente chirografarii. Non potendo tale accollazione alterare la posizione degli ipotecarii, è necessario ad ogni modo dichiarare come parte del prezzo tali valori e somme che il creditore si è addossate, forse anche imprudentemente, poichè le accollazioni chirografarie vanno a sparire nel prevalente diritto degli ipotecarii, ed egli potrebbe rimanere personalmente esposto. Checchessia di ciò, la dichiarazione deve farsi, non dirò dei debiti accollati in ispecialità, che ciò poco importa, *ma del prezzo integrale;* e si può anche ritenere che il legislatore abbia creduto dir tutto in quelle parole, *prezzo stipulato o valore. Seconda ipotesi:* il compratore si è assunto pesi determinati nell'oggetto, indeterminati per valore, verso creditori ipotecarii. Non è di fronte a tali creditori che si effettua la purgazione. I debiti relativi *sono divenuti personali* dello stesso compratore. La purgazione non può aver effetto che rispetto agli altri. Ora tali creditori sono anteriori o posteriori a quelli accollati. Se *anteriori*, hanno tutto l'interesse che il valore sia dichiarato per avere il concetto della totalità del prezzo, al fine di por base sì al pubblico incanto che alle offerte di rincaro; e a deliberare, se sia o no utile tentare la vendita giudiziale. O tali creditori *sono posteriori;* essi avranno non solo uguale, ma un maggior interesse, in ragione del pericolo in cui versano, e per il bisogno di calcolare le cose con tutta esattezza (TROPLONG, *Des hypothèques*, n° 925).

In via di discorso aggiungeremo, che non vi ha incompatibilità fra l'assumere obbligazioni personali per dati crediti ipotecarii; in quanto o il venditore voglia assicurarsi che per qualunque vicenda del fondo questi saranno pagati; o perchè è stato d'uopo determinare certi diritti, ai quali, per esempio, più non rispondesse l'estimazione primitiva: come quella di una rendita vitalizia dopo un notabile corso di anni. Siamo tutti persuasi che ai creditori, che non intervennero in quel negozio, tutto ciò è indifferente: essi non fanno che guadagnarne coll'arrota di una nuova obbligazione. Ma notate bene che potrebbe venir caso in cui la domanda di purgazione dovrebb'esser respinta *per difetto d'interesse.* Suppongo che il compratore siasi accollato i debiti *a*, *b*, *c*, che sono

(*) Uso più volentieri la parola *valutazione* che *stima;* perchè la valutazione è opinativa, e dipende da chi la fa o vuol farla: la *stima* esprime piuttosto il rapporto del valore reale fondate sopra elementi scientificamente apprezzabili.

rappresentati da tre iscrizioni posteriori ad altre due, e che tutte cinque insieme sopravvanzino la somma del prezzo. Ogni debito è di 20, e il prezzo non è che di 70. Non potendo il compratore menomare i diritti dei tre ultimi creditori, atteso l'impegno suo personale, e non potendo esimersi dal pagamento dei due primi perchè anteriori, evidentemente mancherebbe d'interesse, e affaticherebbe i creditori e se stesso con un giudizio inutile.

c) *Dichiarazioni distinte di un prezzo complessivamente stipulato per più immobili e cose mobili.*

Non si ha a far altro che ricordare la disposizione dell'articolo 2053 del Codice civile. Per esso è riprodotto l'articolo 2053 del Codice Napoleone (*). TARRIBLE, t. II, pag. 122, mise in rilievo ingegnosamente certe combinazioni ipotecarie, in presenza delle quali si dovrebbero modificare le applicazioni di quella legge per ragioni d'equità. E noi non vogliamo opporci; ma ristretti al nostro soggetto diciamo che non potrà mai presentarsi la dichiarazione in altro modo e in altra forma che quella presignata dall'articolo 2053, salvo ai tribunali, nell'atto pratico, di prendere quelle determinazioni che fossero eque e giuste in quanto sia permesso dall'indeclinabile rigore delle leggi ipotecarie.

La nostra legge non impone al terzo possessore che una *dichiarazione*, come già si è detto; egli stesso ragguaglia i diversi valori e li enuncia, ed ogni dichiarazione esprime una offerta singolare per quel dato immobile, facilmente superata nell'incanto se si troverà insufficiente, con più probabilità di riuscita se sarà ragionevole. Il prezzo d'immobili, colpiti o non colpiti dalle stesse ipoteche, potrà essere distribuito con una sola graduatoria, secondo la previdenza dell'articolo 662, capoverso 1°, della procedura; e potrà esserlo con distinti giudizi, avanti tribunali diversi, secondo le osservazioni, crediamo abbastanza convincenti, proposte a quell'articolo. Ciò non ha nulla di *étrange* in ordine ipotecario. La notificazione però verrà eseguita in ogni circondario in cui le ipoteche si trovano iscritte.

5. *Della nullità della notificazione.*

Ogni creditore può proporla. Si domanda se la nullità sarà coperta dal momento che il creditore ha provocata la vendita, giusta il diritto del seguente articolo. Io rispondo che sì: e mi duole di allontanarmi dalla opinione di TROPLONG (*Des hypothèques*, n° 925 bis), che non credo vera.

6. *Della offerta di pagare il prezzo o valore dichiarato* (articolo 2044 del Codice civile).

Il principio della libertà fondiaria nell'interesse commerciale presiede allo istituto della purgazione: lo stesso principio determina che non vi sono crediti esigibili e non esigibili; che tutti diventano esigibili; e fu salutato come un progresso sulla Legge VII di brumaio la disposizione dell'articolo 2184 del Codice Napoleone, che proclamato in tanti monumenti legislativi, non si è avuto più bisogno di ripetere. La nostra legge dice *pagare*, e lascia la parola *sur-le-champ*, usata dal testo francese, perchè anche qui non occorre. Nulla dunque al creditore suffraga il termine di pagamento stipulato nel contratto: deve pagar subito, e s'intende come sia divenuto proprietario definitivo.

7. *Della offerta degli interessi del prezzo.*

Gli interessi aumenterebbero la somma del prezzo, se fossero dovuti. Se fossero dovuti, intendo al venditore: ma in caso diverso (**) i creditori non conterebbero il loro diritto contro il terzo possessore che dal giorno della citazione o notificazione a termini dell'articolo 2043 (TROPLONG, *Des hypothèq.*, n° 930).

8. Il *minore* non dev'essere privato del benefizio della purgazione. Il tutore si presenta per lui; e TROPLONG pensa che non abbia d'uopo di esser perciò autorizzato dal Consiglio di famiglia (*Des hypothèques*, n° 923).

Articolo 730.

La richiesta dell'incanto fatta dal creditore o fideiussore a norma dell'art. 2045 del codice civile, deve contenere:

1° La citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire all'udienza del tribunale nel termine non minore di dieci giorni, nè maggiore di quindici;

(*) Tolte nella prima parte dell'articolo le parole *mediante una stima se siari luogo*.

(**) Per esempio se fossero stati pagati al venditore, o per patto non fossero dovuti.

2° L'offerta in comunicazione dei documenti provanti l'idoneità della cauzione proposta a termini dello stesso articolo 2045 del codice civile.

Annotazioni.

Le obbligazioni del creditore sono descritte nell'articolo 2045 del Codice civile, ed è intorno ad esso che deve rivolgersi il nostro breve commento (*).

1. *Del diritto del fideiussore.*

Rendo onore alla nuova veduta del nostro Codice che attribuisce al *relativo fideiussore* (n° 4 del detto articolo) un intervento attivo ed utile nella vendita giudiziale, con che si agevola il còmpito stesso del creditore obbligato alla cauzione; onde io ritengo che il fideiussore eserciti questo diritto nell'*interesse proprio*, anzichè in quello del creditore da lui mallevato. Il dubbio potrebbe nascere dalla sua condizione di fideiussore. Ma io osservo che l'esercizio di questa facoltà non si svolge da un diritto inerente alla qualità della obbligazione che si è assunta: nel qual caso, prima di aver pagato, non si saprebbe quale gli potesse competere. Una legge singolare, in una combinazione giuridica tutta speciale, gli fornisce un diritto, quasi in premio di essersi associato al creditore, e di avergli giovato ad un effetto che evidentemente la legge ha in animo di favorire (**). Breve: lo ammette ad esercitare l'azione del creditore *per l'interesse che vi porta;* ossia per l'interesse proprio.

Grave però mi appare un secondo dubbio. Il diritto di promuovere l'incanto, aumentando frattanto il prezzo di un decimo, e porgendo cauzione, è di *qualunque creditore* iscritto: e come sempre avviene in simili casi, il diritto attuale si determina dal tempo, e a favore del più diligente. Se le offerte fossero contemporanee, il giudice potrà scegliere ove trovi maggior sicurezza, o ammettere amendue i creditori all'esercizio dello stesso diritto. *Ma il fideiussore può competere del pari coi creditori iscritti?* Metto in ipotesi che il creditore garantito e il garante (che poi non è garante che di una minor parte del prezzo) si muovano contemporanei all'aumento ed all'istanza della vendita. Parmi che al primo dovesse darsi la preferenza. Il diritto del fideiussore, come semplicemente equitativo, può ritenersi al confronto meno potente; e qualche cosa di *sussidiario* debba riscontrarsi in quella alternativa *o*, sicchè il fideiussore possa attivamente intervenire nel difetto del creditore.

Da lungo tempo s'insegna che il diritto di rincaro (*de surenchir*) *non è personale*, che esso può esercitarsi così dal creditore ipotecario (***), come da' suoi cessionarii e aventi causa (PERSIL, *Rég. hypoth.*, art. 2185, n° 7). Il quale diritto si estende al *debitore solidario* che soddisfece il debito comune, ed è per legge surrogato al condebitore per il quale ha pagato. Anche quella del fideiussore, nel caso dell'articolo 2043 del Codice civile, può considerarsi una *surrogazione legale;* ma accessoria, addizionale e suppletiva: un gius singolare, dedotto da una speciale combinazione processuale, come fu per me definito superiormente.

2. *Dell'aumento del decimo.*

Il richiedente la vendita *deve obbligarsi* nell'atto della denuncia *di aumentare* o *far aumentare di un decimo il prezzo stipulato*, ecc. (articolo 2045, n° 2). E si collega col n° 4. Con ciò verrebbesi a colorare in certo modo l'intervento del fideiussore. Nondimeno bisogna por mente. L'aumento del decimo è bensì la scala o l'istrumento perchè s'apra il concorso al pubblico; ma intanto è un fatto obbligatorio che produce un diritto: il diritto d'acquistare per la somma del prezzo stipulato, aumentata del decimo, se nell'incanto non sarà superata. Da ciò nasce una sottile ricerca, se il terzo che fornisce il danaro dell'aumento acquisti *per sè* o *per il creditore* nel cui nome

(*) Art. 2045. Entro il termine di giorni quaranta dalla detta notificazione ed inserzione qualunque dei creditori iscritti o dei relativi fideiussori, ha diritto di far vendere i beni all'incanto, purchè adempia alle seguenti condizioni:

1° Che la richiesta sia per mezzo di usciere notificata al nuovo proprietario nel domicilio da lui eletto come sopra ed al proprietario precedente;

2° Che contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato;

3° Che l'originale e le copie di tale richiesta sieno sottoscritti dal richiedente, o dal suo procuratore munito di mandato speciale;

4° Che il richiedente offra cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra.

5° Che la notificazione contenga citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire dinanzi al tribunale, perchè venga pronunziato sull'ammissibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto.

L'omissione di alcuna di queste condizioni produce nullità della richiesta.

(**) Io sono di questa opinione. Vi ha chi crede *non favorevole* questo diritto (DALLOZ, *Saisie immobil.*, n° 2); questioni vane: io guardo allo scopo. Quando è che si esercita il diritto dell'incanto? Quando il prezzo apparisca inferiore al vero, o perchè altri, nel loro particolare interesse non impongano la legge ai creditori.

(***) Vero, non solo apparente; con ipoteca o credito.

interviene: con che solo può darsi spiegazione di quello, o *far aumentare*, ecc. *Numerans pretium, alio emente, non quærit sibi dominium* (SALICET. in Leg. 3 Cod. si quis alteri): in ciò siamo d'accordo. Ma fingiamo che lo stesso sovventore del danaro pretendesse di fare l'aumento in testa propria, e così guadagnare la posizione che competerebbe ad un qualunque creditore iscritto: lo potrebbe? Non nego che la soluzione è alquanto imbarazzata per questa giunta del nuovo Codice che favorisce il *fideiussore*, e che io ho pure lodata; ma per fideiussore non può intendersi che la *cauzione* prefinita dal n° 1, e non colui che fornisce l'importo del decimo. Indi, riflettendo che il diritto di aumento è proprio dei creditori iscritti, e non di un terzo qualunque che voglia entrare nei fatti della consorteria ipotecaria (uso giuridicamente in buon senso una parola che in politica suole averne un cattivo), ed essendochè per questa via *quisque de populo*, non avente una particolare qualità, come è quella di fideiussore, potrebbe esercitare questo diritto solo perchè ha un poco più di danaro da spendere, io non posso dare al quesito che una risposta negativa.

Il decimo *dev'essere determinato in una somma precisa*, come ben giudica DELVINCOURT; non basta il dire il *decimo del prezzo*. Ma per noi che non ammettiamo dichiarazioni di prezzo che non siano precisate, la cosa è facile.

Se non che vi sono oneri o spese fatte dal compratore che non vanno considerate nel prezzo; e quindi non aggiungono allo importare del decimo. Notando qualche esempio, osservo che le spese della *trascrizione* sono di quelle che stanno a carico del compratore. Fu invero singolare, ma non senza un permanente interesse, la questione riferita da TROPLONG (*Des hypothèques*, n° 936) sul conoscere se le *imposte scadute*, accollate al compratore nel contratto, s'intendano far parte del prezzo. La Cassazione francese decise nel senso che non facessero parte del prezzo, *non essendo che un debito necessario* (18 gennaio 1825). Ma non bisognano tante parole quante ne ha spese l'illustre espositore per confutare quella decisione; poichè ognun vede che se il *debito era necessario*, lo era pel venditore e non pel compratore; che ove non se ne fosse parlato, il compratore avrebbe avuto diritto di rivalersene sul venditore, per conseguenza se si addossò il debito, lo fece come compratore, cioè qual parte di prezzo (*V.* anche la lunga discussione del CARRÉ, quest. 2466).

Potrà chiedersi quando è che si pagherà il decimo. La legge non lo addita (*). Ma non costituendo infine che una frazione del prezzo, il *creditore iscritto* o *suo fideiussore*, che risultasse aggiudicatario definitivo (articolo 736), lo aggiungerà al prezzo pagandolo colle norme segnate dagli articoli 718, 719.

Sulla *cauzione* invito ad osservare il commento dell'articolo seguente.

Articolo 731.

Quando la richiesta d'incanto sia ammessa dal tribunale, la cauzione è data, e l'atto ne è ricevuto in conformità della sezione VI, capo I, titolo IV del libro primo, nel termine di giorni dieci dalla notificazione della sentenza, che ammise l'incanto.

Se la cauzione sia data con ipoteca, il cancelliere deve, nel termine di giorni cinque, far procedere alla relativa iscrizione, trasmettendone nel detto termine le note all'uffizio delle ipoteche, sotto pena di multa estendibile a lire mille, e del risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. I *creditori* non istanti rimangono estranei a questo giudizio. Chiaro è però che possono intervenire, richiedente il loro interesse. Può sorgere qualche contestazione d'importanza, o rispetto al diritto di promuovere l'incanto, o alla cauzione. Il proprietario combatte il primo per non perdere la posizione che occupa; i creditori guardano piuttosto alla seconda, benchè, al dire di qualche scrittore, essa è data principalmente al proprietario. La cauzione sussegue la sentenza che *ammette la richiesta d'incanto*, com'è naturale. La notifica-

(*) Questo aumento corrisponde a quello del *sesto* come termine a provocare il nuovo incanto nei giudizi di spropriazione (articolo 680). Non ha rapporto razionale col decimo che si deposita per essere autorizzato a concorrere nell'incanto (articolo 672).

zione della sentenza si farà a quelli che sono in causa, e indispensabilmente all'antico e nuovo proprietario.

Quanto al termine dei dieci giorni entro il quale deve esibirsi la cauzione in cancelleria, rammento l'articolo 2047 del Codice civile. « I termini fissati nei precedenti articoli non « possono mai esser prorogati ».

2. *Se sia necessario nell'atto di richiesta* (articolo 2045 del Codice civile) *determinare la cauzione.*

Ricordo che l'articolo 2185, n° 5 del Codice francese è scritto di maniera che non sembra potersene dedurre quel postulato, non ingiungendo che *la promessa di dar cauzione.* Nonostante gli espositori, pressochè con voto unanime, tennero che fosse obbligatorio il dichiarare la qualità della cauzione che si voleva dare. « Il faut, dice TROPLONG, *nominativement* « désigner cette caution *dans l'acte de requi-* « *sition;* et c'est d'après cette désignation no- « minative que la partie se détermine d'ac- « cepter ou de refuser ». Questo avviso è pur quello di MERLIN, PERSIL, ZACHARIÆ, ecc. Il Codice albertino nell'articolo 2308, n° 4, lo aveva detto espressamente. « Che il richie- « dente offerisca cauzione sino alla concor- « renza del prezzo aumentato e delle spese « tutte, *colla indicazione del nome e della di-* « *mora del mallevadore* ». Una certa studiata parsimonia di locuzione è nell'indole dei recenti nostri Codici, ed io sono ben lontano dal disapprovarla. Se qualche volta s'incorre nell'*obscurus fio*, non dirò che sia questo il caso. Lasciate quelle parole che toglievano ogni dubbio sulla volontà del precedente legislatore, io penso che nondimeno non sia variato il concetto. Che varrebbe difatti *offrir cauzione* con una promessa generica: non sarebbe cosa del tutto inconcludente?

Ciò posto, il senso del nostro articolo, *la cauzione è data, e l'atto ne è ricevuto*, non può riguardare che l'effetto e l'attuazione; la prestazione della stessa cauzione.

Nell'ultimo disposto dell'art. 2045 è stabilito che la omissione di alcuna delle imposte condizioni *produce nullità della richiesta.* La mancanza adunque di un'offerta specifica *produrrebbe le nullità dell'atto.* Ma può domandarsi se a quella dichiarazione sia talmente legato il richiedente, *che non possa più cangiare il modo della cauzione.* Io credo che lo possa, alla condizione però che la nuova offerta equivalga per bontà alla prima; se no, sarebbe, come ognun vede, una derisione. E quanto al proprietario, è pure indubitato ch'esso potrà sempre combattere la cauzione della quale non può rendersi un giudizio concreto che dopo la presentazione e discussione dei documenti; in ispecie se trattisi di cauzione ipotecaria.

3. *Modi della cauzione e della sua prestazione.*

La cauzione è sempre valevole in quanto presenti la sicurezza del credito; e qui meno che mai potrebbe farsene una questione di forma. Se il creditore non può trovare un fideiussore, se non può dare ipoteca, perchè non potrà supplire con un pegno di cosa mobile, come ritiene TROPLONG (n° 941), ancorchè non sia il deposito di cartelle di rendita dello Stato, preveduto dall'articolo 330 all'effetto di regolarne il valore? È un apprezzamento del giudice.

Ma secondo la qualità della cauzione potrà modificarsi il procedimento. Appresso la sentenza e nel termine prefisso il creditore esibisce la sua cauzione, ma non nello stesso modo. Se la cauzione è ipotecaria, produce i documenti necessarii in cancelleria, che ha già offerti in comunicazione (art. 730, n° 2). L'articolo dice che *dentro cinque giorni* il cancelliere *deve far procedere alla iscrizione:* ma è difficile intendere da qual punto faccia decorrere questi cinque giorni. Non basterà esibire una cauzione ipotecaria, eccettochè gli interessati (*) non dichiarino di riconoscere e accettare tale cauzione, che sarà essa se non un'offerta, oggi concretata e documentata, ma sempre una esibizione che bisogna discutere, e che non appartiene per certo al cancelliere l'accettare? L'esibitore dovrebbe incaricarsi egli stesso di farlo approvare dal tribunale. Se si solleva una contestazione, se una sentenza si pronunzia, dovrà notificarsi; e dalla sua notifica, non esistendo appello, dal punto insomma che la sentenza è eseguibile, cominceranno i cinque giorni. Se la cauzione è fideiussoria, il creditore porterà alla cancelleria l'adesione del fideiussore, senza cui non ci sarebbe proposta seria; ma l'ammissione del tribunale non sarà meno richiesta. Osservo che in questi varii atti non si accenna mai a giudice singolare: l'autorità è concentrata, forse per la gravità loro, nel tribunale. Lo stesso articolo 329 parlando della *sottomissione* formale, ossia dell'atto di obbligazione

(*) *Interessati* chiamo il proprietario nuovo e antico (articolo 730), e lo sarebbero quei creditori che avessero fatto opposizione e fossero intervenuti in causa.

che il fideiussore giudiziale assume, suppone la idoneità non impugnata, od ammessa dall'autorità giudiziaria.

4. *Importanza della cauzione.*

Per noi è cosa stabilita *il quinto dell'intero prezzo, più il decimo* (articolo 2045, n° 4). Si è bene avuto cura di esprimere l'*intero prezzo*. Pesi, obbligazioni del compratore, qualunque siano, valutabili e valutati in pecunia, ecco l'*intero prezzo*. Lo stesso compratore ne diede la estimazione; quel creditore che invece di impugnare nel suo risultato o nei suoi elementi la valutazione, partendo da essa, aumenta il prezzo e spinge il fondo all'asta, non rimane più in dubbio sulla entità della cauzione che deve dare. Questo creditore, così facendo, si associa al fatto del terzo possessore, lo approva e lo continua portandolo più oltre, a conseguenze maggiori.

Se non che prima di mettere ad effetto questa sua intenzione, il creditore potrebbe sentire che gli occorre di far riformare la valutazione fatta dal terzo possessore, come imprudente od eccessiva. In questo punto i loro interessi convergono.

Supponete che fra le affezioni del fondo vi sia un livello accollato o non accollato al compratore, mentre il fondo stesso non è che enfiteutico. Facciamo l'una e l'altra ipotesi. È accollato: assunto da lui quell'onere e fatto proprio, egli potrà bene quando gli giovi, e come gli giovi, procedere all'affrancazione. Ma intanto lo ritiene, e secondo il suo contratto subentra al venditore e continua a pagare il livello. Ecco presentarsi due questioni, gravi amendue.

La prima si attiene alla teoria della dichiarazione ordinata dall'articolo 2043; ha l'importanza di un principio. Basterà al terzo possessore dichiarare che sul fondo esiste un livello di annue L. 1000; che i laudemii sono periodici e in somma determinata oltre quelli di diritto, e che la concessione è limitata alla terza generazione dell'enfiteuta? Ciò è ammesso nella legge francese colla formola *le prix et les charges faisant partie du prix de la vente* (articolo 2183). Ovvero dovrà il terzo possessore fare egli stesso la valutazione del prezzo di questo livello, che è il prezzo stesso per cui è affrancabile? Io produssi intorno a ciò la mia opinione, che è quella della necessità della valutazione anche dei carichi assunti dal compratore con obbligazione personale, quantunque rimanendo il fondo in lui egli possa o debba ritenere i pesi, senza necessità di corrispondere un capitale di prezzo. Secondo questa tesi, che parmi nello spirito della legge oltrechè nelle parole, perchè tutto tende alla soluzione dei vincoli e alla libertà, il terzo possessore dovrà dunque dichiarare quale, al sentir suo, sia lo importare di questo livello e il prezzo che gli si deve attribuire.

La seconda questione riguarda il diritto del creditore che, per aprire l'incanto, si assume egli medesimo questo prezzo, e lo accresce di un decimo; e indi deve dar cauzione *per un quinto dell'intero*.

L'interesse di questo creditore è che il prezzo sia piuttosto basso che alto. Il suo interesse di creditore si disperde e quasi si annulla in quello del futuro proprietario. Potrà quindi capitargli di prender briga col terzo possessore che ha fatto una valutazione troppo elevata. Ecco un singolare fenomeno: che il proprietario, cui non è certamente utile innalzare il prezzo, potrà talvolta (rara, lo credo) essere redarguito del troppo, nel che è facile ch'egli ceda le armi al primo incontro. In questa ricerca voglio fissare una cosa sola, ed è, che il creditore deciso d'incarire il prezzo, rendendosi anche deliberatario se occorre (art. 736), *ha qualità per far ridurre la valutazione che reputi eccessiva*. Nè gli può essere opposta *sotto specie di confessione giudiziale*, la enunciazione del terzo possessore. Tornando sull'esempio del livello, se questi aggirandosi nella difficoltà di calcolare gli elementi del prezzo di affrancazione avrà per caso trasmodato, il creditore, lui assenziente o no, ridurrà la somma a' suoi giusti termini, alla qual somma conformerà la portata del decimo e la cauzione del quinto.

5. *In presenza della offerta di rincaro la proprietà permane nel terzo possessore.*

Coerente a quanto esposi altrove, essere il primo deliberatario all'incanto divenuto proprietario del fondo benchè sotto l'imminenza di una condizione risolutiva, molto più debbo ciò affermare in fatto di un compratore contrattuale che colla veste di proprietario legittimo si affaccia al giudizio di purgazione. Su questo punto mi giova riportare le parole di Troplong: « Le surenchérisseur ne se trouve « réellement acquéreur et propriétaire que « lorsque, au temps venu pour l'adjudication, « son enchère n'est pas couverte. *Avant ce « temps*, la propriété réside encore *sur la tête « de l'acquéreur primitif* » (*Des hypothèques*, n° 949). Ne segue che la degradazione del fondo, diremo in genere, il pericolo, gravita sullo stesso proprietario; risponsabile verso i creditori di quei deterioramenti che fossero ad ascriversi a suo dolo e colpa, passando in altri la proprietà.

Digitized by Google

6. *Della nullità dell'istanza di vendita e sue conseguenze.*

Accordando questa facoltà, il legislatore ha sentito una voce che lo fece guardare indietro all'interesse di un acquirente legittimo. Accordare quindi la facoltà, ma nei termini più rigorosi di esecuzione, onde quelle ultime parole dell'art. 2045: *l'omissione di alcuna di queste condizioni produce nullità della richiesta.*

Annullata la richiesta, essa la è non solo a pregiudizio del creditore richiedente, ma eziandio di ogni altro creditore iscritto: semprechè non avanzi ancora parte del termine utile (TROPLONG, n° 950; GRENIER, n° 451; PIGEAU, t. II, pag. 410; BATTUR, n° 628).

Pel nostro Codice può sorgere una questione nuova, se la domanda sia stata fatta da un *fideiussore*, e gli sia caduta di mano. Se il fideiussore, nuovamente ammesso ad esercitare i diritti del consorzio creditorio, non fosse che un esercente subalterno, come io dubitai (parlando sull'articolo 730), alcuno dei creditori potrebbe opporre che il fatto suo, irregolare e dichiarato anche nullo per inosservanza delle formalità, non può pregiudicare ai creditori legittimi. Vana eccezione però sarebbe questa, imperocchè *il termine dei quaranta giorni è per tutti;* e male a colui che non ne ha profittato per dedurre le proprie istanze.

Insegna BATTUR (n° 565) che le nullità degli atti notificati al venditore giovano al compratore, non viceversa. L'assistenza del venditore vi è formalmente prescritta dalla legge (così pure nel nostro articolo 730); ed è necessità assoluta tanto nell'interesse suo proprio, che in quello del compratore, poichè rendendosi questi aggiudicatario, ha regresso contro il venditore *pel rimborso di quanto eccede il prezzo stipulato* (articolo 2032 del Codice civile). Egli dunque, il compratore, ha diritto di opporre la nullità degli atti relativi al venditore, *altrimenti questi se ne varrebbe contro di lui per negargli l'azione di rimborso.* La stessa ragione non milita a favore del venditore. È anche l'avviso di CARRÉ, e qualche decisione francese si pronunzia in questo senso. Io crederei migliore la contraria sentenza di CHAUVEAU (quest. 2490). Perchè di rimando il venditore ha interesse di non subire la rivalsa del compratore; e in tutto il corso di questo processo è considerato come parte essenziale.

Articolo 732.

La sentenza che ammette la richiesta d'incanto rinvia le parti davanti il presidente perchè sia stabilita l'udienza a norma del numero 3° dell'articolo 666, e ordina al cancelliere di formare il relativo bando.

La sentenza per cura dell'istante deve essere annotata in margine della trascrizione del titolo di acquisto.

Articolo 733.

Il bando deve essere stampato, e indicare:

1° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza del proprietario precedente e del nuovo;

2° La data e natura del titolo sul quale fu fatta la richiesta d'incanto;

3° La descrizione dei beni posti in vendita a norma del numero 1° dell'articolo 666;

4° Il prezzo stipulato o il valore dichiarato;

5° La data della trascrizione del titolo di alienazione nell'uffizio delle ipoteche e della notificazione fattane ai creditori:

6° L'istanza di chi richiede l'incanto colla specificazione delle obbligazioni assunte da questo e dal fideiussore di lui, o del fatto deposito;

7° La data dell'iscrizione presa sui beni del fideiussore, quando la cauzione sia stata data con ipoteca;

8° L'importare dell'aumento del decimo e la somma complessiva a cui ascende il prezzo aumentato;

9° La data della sentenza che ha ammesso l'incanto, della notificazione di

essa e dell'annotazione fattane in margine della trascrizione del titolo di acquisto;

10° L'udienza in cui l'incanto dovrà farsi e la data dell'ordinanza che la stabili.

Il bando dev'essere notificato al proprietario precedente e al nuovo. Si debbono fare altresì le notificazioni, le pubblicazioni, le inserzioni e il deposito ordinati dall'articolo 668.

Le disposizioni del presente articolo debbono osservarsi sotto pena di nullità.

Annotazioni.

1. Questioni. — *Se i beni così sottoposti all'incanto possano vendersi a parti o lotti*, ove siano comodamente e si credano utilmente divisibili, è questione non grave in se stessa, perchè nelle aste comuni non vi ha nulla di più frequente, ma può esserlo per le conseguenze, e la conclusione affermativa non deve abbracciarsi senza esame.

Tizio ha acquistato una tenuta divisa in dieci fondi, i quali però formano quel tutto che si chiama la tenuta: non può parlarsi di separazione. Ma invece si comprarono tre poderi distinti, lontani, quantunque nello stesso circondario o distretto del tribunale, in globo e ad un sol prezzo. Sono però soggetti alle stesse ipoteche, almeno in gran parte; e non siamo nel caso, bisogna notarlo, dell'art. 2053 del Codice civile da noi rammentato in altro luogo, ove la legge ha spiegata la sua volontà. Il compratore ha fatto, come doveva, la sua dichiarazione complessiva, ha indicato il prezzo; il creditore proseguente ha fatto l'aumento in relazione al prezzo denunciato. Tutto ciò è in regola. La proposta della vendita per lotti, ossia fondo per fondo, comincia a manifestarsi alla udienza nella quale si deve ammettere la *richiesta d'incanto* (articolo 731), della quale sarà nella sua successiva ordinanza esecutore il presidente (art. 731), ordinandone i modi.

Una decisione, invero antica, ma che ha acquistata qualche celebrità per essere stata quasi si direbbe il segnacolo delle discussioni posteriori (Corte di Rouen, 15 luglio 1807, *Journal Ac.*, tom. XXI, pag. 360), dedusse ragioni abbastanza notevoli per la negativa. Basta ricordarle.

Non è lecito, dissero quei savii, *snaturare il contratto;* il diritto di rivendita non si spinge sino a questo punto. Al fine di migliorare il prezzo a vantaggio dei creditori si è data questa facoltà o beneficio, come ivi si dice, ma non si possono permettere più rivendite dove una sola è la vendita, nè di riverbero più aggiudicazioni dove unico è il contratto.

Se si ammette il sistema della divisione, il compratore è defraudato dello scopo che si proponeva di acquistare di un solo tratto più fondi, che nelle sue viste e nella qualità dei suoi affari possono avere una relazione da altri non apprezzata (*). Il compratore dovrebbe o abbandonare il suo acquisto, perchè in effetto non è quello che si propose; o contentarsi di frazioni che non gli giovano. Essere ciò contrario ad ogni principio di libertà commerciale. Nè solo sarebbe dannoso al compratore, lo sarebbe eziandio al venditore, più facilmente esposto alle azioni di regresso del compratore, passibile del danno che da una sì violenta risoluzione il compratore viene a soffrire.

Si è risposto, che quella facoltà che i creditori hanno di far vendere a parte immobili forzatamente spropriati, devono averla di fronte a una vendita volontaria. Il diritto della rivendita è costituito, si dice, a tutto vantaggio dei creditori; d'altra parte se fu già tolta di mano al compratore la proprietà mediante l'aumento del decimo, poco deve importargli dell'uno o dell'altro modo di alienazione. Bene avrebbe diritto di dolersi se l'aumento non si facesse sull'intero: allora solo egli sarebbe, come si lamenta, posto in una falsa posizione; allora solo la condizione stessa del venditore sarebbe ingiustamente peggiorata (CHAUVEAU, quest. 2499). È pure la sentenza di TROPLONG (*Des hypothèques*, n° 961 ter).

Quest'ultima ragione è decisiva. In effetto il compratore di fondi oltre carichi d'ipoteche, ch'egli non vuole soddisfare perchè superiori al valore reale o al prezzo che egli ritiene di potere esibire, va per acque note, ed offrendosi al cimento di una vendita giudiziale, ne accetta le conseguenze. Egli può avere calcolato quello che vuole, ma i suoi calcoli non avevano una stabile base, dal mo-

(*) Egli ha bisogno di questi tre fondi, perchè giacendo ognuno di essi in vicinanza di una stazione di ferrovia, vuole erigervi degli alberghi, e così evitare la concorrenza, senza ciò poco gli gioverebbe l'acquisto.

mento che il contratto può sfuggirgli di mano. E che mai gli resta del suo contratto dopo il rincaro? Affatto nulla. Egli è ancora proprietario: ma per poco, mentre il fondo o passerà nel creditore che ha fatto l'aumento, o dovrà *ex novo* farne egli l'acquisto all'asta pubblica, mediante un'offerta maggiore, come qualunque concorrente, perchè il suo contratto non gli presta più titolo alcuno.

2. Nelle premesse considerazioni è stabilito che l'*aumento del decimo* è sempre unico sul prezzo denunciato, salvo il diritto di vendere a parti. *Ma il creditore stesso o fideiussore che fece l'aumento del decimo non avrà diritto di opporsi alle vendite parziali che crediamo possibili?*

Lo scopo della legge è conseguito, l'interesse dei creditori è soddisfatto, quando si ottiene di portare i beni all'incanto per migliorare la condizione del prezzo. Il creditore, facendo l'aumento del decimo, mostra per certo di aspirare all'acquisto del fondo, ma non è l'unico fine della sua azione: fosse anche il principale, nessun precedente giuridico che lo riguardi, lo autorizza a sostenere che egli non ha inteso d'acquistare una parte, ma ha voluto acquistare l'intero; egli non è fondato per pretendere che la vendita si eseguisca in un dato modo, perchè ciò è nel suo interesse.

Neppur qui si troverebbe valido ostacolo. Resterebbe però ai giudici un còmpito alquanto arduo, quello di scindere i prezzi e ragguagliarne i singoli fondi, cosa che il terzo possessore non è obbligato, ma gli sarebbe lecito di fare, preparando egli stesso tante vendite separate; d'ordinario non gli tornerebbe utile, se pure non fosse pentito dell'acquisto, e gli piacesse agevolarne il passaggio ad altre mani.

La disposizione dell'articolo 2053 del Codice civile finisce di persuaderci che *l'interesse dei creditori, anzichè quello del proprietario, predomina in tutto questo giudizio;* e, bisogna dirlo, ad essi e non ad altri appartiene l'immobile ricoperto delle loro ipoteche in guisa da non lasciar margine di disponibilità al nominale proprietario.

Singolari e difficili combinazioni ipotecarie sorgono specialmente nei concorsi speciali, una delle quali viene esaminata dal CHAUVEAU nella quest. 2499 ter). Ma come altra volta si disse, il grave tema delle surrogazioni ipotecarie del quale in particolar modo bisognerebbe occuparsi, non è proprio della procedura: e richiederebbe tempo e spazio oltre a quello che ci è concesso.

3. (Articolo 733, n° 8). Se si facesse la vendita per lotti, sarebbero enunciati i fondi singolarmente e i rispettivi ragguagli di prezzo.

Articolo 734.

Quando il richiedente non comparisca all'udienza stabilita nell'atto di citazione, o la cauzione non sia ammessa, o non siasi assunta l'obbligazione relativa nel termine e modo indicati nell'articolo 731, la richiesta d'incanto è nulla di diritto, senza pregiudizio delle ragioni di altri creditori che avessero fatto altra richiesta d'incanto a termini del codice civile.

Annotazioni.

Ogni creditore iscritto agisce nel proprio interesse, e quindi più di una *richiesta d'incanto* può verificarsi. Ciò si è osservato esponendo l'art. 731. Notai che il *primo* proponente doveva esser preferito; non ci sarebbe altro criterio da seguire che le priorità. Ne troverai la conferma in LESAGE, p. 559; DALLOZ, *Saisie immobilière*, n° 16. Se il primo offerente cade, subentra l'altro che si trovi nelle condizioni dell'articolo; buon risultato di un inconveniente, non potendosi negare che l'accumularsi quasi simultaneo di più *richieste d'incanto* non sia una obesità imbarazzante.

Articolo 735.

Quando dopo l'atto di obbligazione di cui nell'articolo 731 il richiedente trascuri di proseguire il giudizio, qualunque creditore iscritto, e anche il nuovo proprietario, può domandare di essergli surrogato a norma dell'articolo 575.

La surrogazione ha luogo a spese e rischio del richiedente, ferma la data cauzione.

1. Questo dettato riassume la regola dell'articolo 575, accresciuto di un diritto speciale alle circostanze: quello del subingresso del *nuovo proprietario* nell'azione del creditore negligente.

L'articolo 735 fa seguito alla disposizione dell'articolo 729, di che l'ordinamento abbraccia ogni parte di questa procedura. Così si vengono succedendo e quasi rilevando quelli che hanno qualità di procedere nell'interesse del giudizio e comune.

2. La surrogazione non è di diritto: ce ne aveva già ammoniti l'art. 575: bisogna chiederla ed ottenerla dal tribunale. Richiamo le osservazioni ivi esposte. E dico al tribunale, perchè deve sempre ritenersi ove la competenza *ad hoc* di un giudice delegato non sia scritta nel Codice: la delegazione è una sottrazione di facoltà al potere ordinario: non può essere che opera della legge (*).

Aggiungo col CHAUVEAU (quest. 2491) che la istanza deve farsi in confronto sì del venditore che del compratore, la cui citazione è sempre richiesta.

3. È rimarchevole che, sebbene per nuovo placito del Codice civile (articolo 2045) il *fideiussore* abbia facoltà di chiedere l'incanto, il *diritto di surrogazione* è riservato al creditore iscritto, come si fa manifesto dall'accordo dei due articoli 729 e 735. Se, come si deve credere, l'omissione è ponderata, si rafforza il mio argomento (*V.* l'art. 730) intorno la inferiorità di posizione giudiziaria che io scorgo nel fideiussore quando si tratti del contemporaneo esercizio di diritti, di cui è messo a parte lo stesso fideiussore.

Contuttociò, quantunque sia da tenersi in genere questa massima, propongo una eccezione che si troverà ragionevole.

È impossibile che il fideiussore sia escluso dal diritto, almeno sussidiario, di surrogare nella continuazione della procedura il creditore che lasciò imperfetta l'impresa, e pel quale sta garante. Nulla di più logico che estendere anche a questo caso l'applicazione dell'articolo 730.

4. *Se il fideiussore possa completare la cauzione insufficiente.*

Nel progetto del Codice di procedura redatto in Francia nel 1838 per cura del dotto PASCALIS fu proposto il diritto di surrogazione a quel creditore che avesse presentata una cauzione insufficiente, semprechè la nullità della domanda d'incanto non fosse già stata pronunziata. Ne veniva per conseguenza che il surrogato assumesse la cauzione *per proprio conto*. Una surrogazione così fatta parve ai commentatori dell'articolo 833 della procedura francese trasmodante dalla sua natura; la surrogazione autorizzata dal Codice non è che la continuazione degli atti da altri incominciati e abbandonati; il primo agente non cessa dalla risponsabilità; così se i suoi atti fossero meno validi, se la causa della nullità già esistesse nella procedura da lui iniziata, quello stesso vizio trarrebbe a fondo il surrogante che non potrebbe ripararvi (CHAUVEAU, quest. 2492).

Questa dottrina, quantunque nell'aspetto rigorosa, ha un fondo di vero; in parte però si modifica.

La surrogazione è puramente e semplicemente alla procedura (articolo 575). Il creditore surrogante viene sussidiando il difetto del creditore procedente, e può soccorrere anche alla decadenza minacciata dall'abbandono, sia aggiungendo nel termine perentorio atti che si richieggono a completare quelli che si erano già messi in corso (articolo 729), sia adoperando che per altra causa non s'incorra in perenzione: coi mezzi insomma e coll'ausilio della diligenza. Ma quegli atti che già eseguiti, sarebbero nulli; in altri termini, se la decadenza o la nullità *fosse già acquisita alla parte contraria*, non potrebbe venire un nuovo attore a rinnovar l'atto, facendone uno più efficace: a tale stregua non si finirebbe mai: una processione di creditori sarebbe sempre pronta, ad esempio, per sostituire cauzione a cauzione, finchè se ne trovasse una che fosse ricevibile. Pare che a questa decisione direttamente conduca l'art. 734, e vi corrisponda il senso dell'articolo 735.

A questo esame si rannoda un'altra questione interessante in fatto di surrogazione, ed è *se le spese di una richiesta d'incanto dichiarata nulla ricadano sul surrogato* o *sul surrogante*. Una opinione del LACHAIZE, t. II, n° 430, seguita da altri autori, vuole che le spese tutte vengano a cadere sul surrogante, per la ragione che il surrogato, il quale sapeva di poter essere rilevato da un altro creditore che si ponesse nel luogo suo per continuare la procedura, ha potuto con una specie di buona fede abbandonarla, non essendo punto obbligato di portarla a termine; ma io non posso persua-

(*) In questo caso è una sottrazione del potere ordinario; perchè la delegazione sarebbe *necessaria*, non *volontaria*.

Digitized by Google

dermene. Che non fosse obbligato a continuare la procedura, d'accordo, ma ch'egli non debba tenersi risponsabile dei proprii atti, almeno quanto alle spese, è cosa diversa. Il creditore che si presta a surrogarlo avrà anche potuto credere che gli atti del suo processo potessero sostenersi; egli difatti all'attacco li ha difesi; ma costretto a sopportarne la conseguenza nella rovinosa caduta di tutto il processo, con quale giustizia dovrebbe anch'essere obbligato a pagare le spese di quegli atti? Questo modo di vedere sembrami eziandio più consono alla teoria innanzi esposta. La procedura si prosegue nell'interesse bensì del ceto creditorio, *ma per conto del surrogato* (*); il secondo creditore non acquista perciò i diritti che il primo con regolare richiesta d'incanto e con legittima cauzione avesse già acquistati; per correlativo se quegli atti fossero irregolari, la surrogazione, come già si disse di sopra, non può estendersi sino alle spese.

Non vi è punto disaccordo fra questi principii e il dettato del capoverso del nostro articolo 735. Anzi colle parole *ferma la data cauzione*, è stabilito ch'essa rimane qual'è, ed il surrogante non ha altra base su cui appoggiare l'ulteriore procedimento.

L'argomento m'impone di tornare per un momento sull'articolo 575.

Ivi è detto: « Vi è negligenza quando il « creditore non adempia una formalità o un « atto di procedura nei termini stabiliti ». Questa nozione è tolta dall'articolo 722 del Codice di procedura francese. Nella Camera dei deputati, all'epoca della riforma di quella parte della procedura, si elevarono forti opposizioni, perchè, secondo PERSIL (figlio), non si era riflettuto sulla *impossibilità della pratica effettuazione*. Nondimeno i nostri legislatori, istrutti certamente di quelle storiche controversie, hanno ripetutamente insistito in questa definizione. Invero se qualche radicale, irreparabile nullità fosse il prodotto di quella negligenza, il dettato sarebbe assurdo, privo di senso, mentre dare il permesso di continuare un processo, già nullo in radice, non sarebbe una cosa seria. Ma primieramente potrebbe trattarsi di tale negligenza, che non fosse causa di nullità. Inoltre osserva egregiamente il CHAUVEAU (quest. 2416 und. e 2492) che se vi è stata di mezzo nullità, ove questa cadesse sopra formalità di procedura, e parziale, lo stesso creditore, chiedendo al tribunale la surrogazione sarebbe in diritto di ripararvi, rinnovando gli atti nulli, e partendo dall'ultimo atto valido: il che, teoricamente parlando, risponde al disposto del nostro articolo 58. Questa dunque sarà la intelligenza di quella parte dell'articolo 575.

Articolo 736.

Chi ha fatto la richiesta per l'incanto, anche quando abbia avuto luogo la surrogazione, è dichiarato compratore per il prezzo da lui offerto, se non sia fatta un'offerta maggiore.

Annotazioni.

1. Viene per quest'articolo in maggior luce che *la surrogazione procede per conto del primo creditore:* ch'egli rimane impegnato in conseguenza della propria offerta; quindi egli solo riesce nell'ultimo acquirente definitivo, *se non sia fatta un'offerta maggiore.*

Da questo sistema di continuità un altro corollario si deduce, già espresso nei più chiari termini dall'articolo 2031 del Codice civile. « La desistenza del creditore che ha richiesto « l'incanto non può impedire la subastazione, « quantunque egli pagasse l'importare dell'of- « ferto aumento, eccetto che alla desistenza « espressamente annuissero tutti gli altri cre- « ditori iscritti ».

Il decisivo impulso dato dal secondo creditore al processo di vendita può avere o non avere l'effetto desiderato, quello di migliorare il prezzo. L'incanto si effettua come il solo mezzo per cui nuove e migliori offerte possono presentarsi: al comparire d'una maggiore offerta il rincarante è liberato; la cauzione si risolve. Ma l'articolo 2031 prevede anche la *desistenza*. Se il primo creditore ha desistito *senza pagare*, è giusta sentenza del TARRIBLE (n° 236, che ognuno dei creditori assumendo la continuazione degli atti, ha nello stesso tempo azione per tenere il primo creditore e il suo fideiussore sotto la loro obbligazione, e impedirne lo scioglimento. Se il primo creditore *ha pagato*, gli atti continuano ancora, il valore della cauzione rimane in deposito, ed è

(*) TROPLONG, con idea e formola precisa, chiama il surrogante *negotiorum gestor*.

restituito quando altro acquirente si presenti.

Per una delle più logiche finzioni di diritto, il primo creditore che mosse gli atti si considera *mandatario del ceto creditorio* (DURANTON, all'art. 2190 del Codice civile francese); onde si spiega come il fatto suo, se irregolare, pregiudichi a' suoi mandanti, e come non possa ritirarsi dall'impegno una volta che ha messo ad esecuzione il tacito mandato. Se non vi è offerta maggiore, egli rimane obbligato all'acquisto.

S'intende che la sua *dichiarazione di compratore* viene proclamata nell'udienza dell'incanto, giusta l'articolo 674.

S'intende ancora che non ha luogo il rinnovamento d'incanto, preordinato dall'art. 675.

Essendovi però un compratore per maggior offerta, potrà nelle condizioni dell'articolo 689 eseguirsi la *rivendita*; fosse anche questo compratore lo stesso proprietario. Da quel momento siamo entrati in un vero processo di espropriazione, cessa del tutto l'influenza della vendita contrattuale; se il compratore diventa acquirente all'asta, è in virtù di un nuovo titolo; egli è come un altro *aggiudicatario giudiziale*.

2. Noi abbiamo veduto altrove quali conseguenze si annettano all'*offerta del sesto* nelle espropriazioni ordinarie. Le abbiamo esaminate con qualche accuratezza. Ora giova donare un riflesso alla causa della varietà che s'incontra in queste due posizioni giudiziarie. Chi ha fatto l'aumento del sesto è obbligato a promuovere gli atti d'incanto. Ma come non si può obbligare all'adempimento specifico (trattandosi di *fare*), il debito si risolve in una indennità stanziata nell'articolo 683. Chi aumenta il decimo nei giudizi di purgazione (articolo 2045 del Codice civile), non ha precisamente quest'obbligo. L'oblatore del sesto, per questo solo fatto, nulla acquista, ma fornisce la condizione di un nuovo incanto: l'oblatore del decimo, nei giudizi di cui favelliamo, diventa sulla propria offerta proprietario definitivo, eziandio non effettuandosi l'incanto. Quali le ragioni della differenza? Sono due, per quanto io veggo. La *prima*, che il creditore ipotecario agisce in certo modo sotto l'impero della necessità prodotta dalla sua situazione; agisce, come si è detto, qual mandatario in un interesse comune. La *seconda*, che lo stesso contratto presenta già una base solida di prezzo, ragguagliata (poichè la frode non si presume) a termini di corrispettività. Quindi l'aumento del prezzo è meno urgente; si ravvisa meno necessario di completare il prezzo mediante la subasta. Quanto poi all'acquisto definitivo concesso all'oblatore del *decimo* nel secondo caso, e non all'oblatore del *sesto* nel primo caso, ciò parmi un diritto speciale in vista della qualità sua e delle circostanze nelle quali opera il creditore.

3. Innanzi a questo stato di diritto, si modifica la teoria esposta alla nota 6 sull'art. 685, ove fu stabilito, che *si res perit* fra la prima e la seconda delibera, perisce *domino*, cioè al primo ed unico deliberatario, quantunque il rincaro del sesto sia avvenuto. All'incontro, è forza considerare l'oblatore del decimo, *re stante*, qual proprietario: colui che acquistò per contratto, può ripigliare la sua posizione nella gara dell'asta con sagrificio di più alto prezzo, ma intanto è esautorato; è virtualmente decaduto dal suo acquisto.

4. Anche a questo compratore è applicabile la disposizione dell'articolo 2049 del Codice civile, del quale si farà parola esaminando il seguente articolo 739.

5. Notai di sopra che, arrivato a questo punto il processo, si opera una vera spropriazione. La *spropriazione del debitore antico*, del proprietario cioè che ha venduto nullamente e senza profitto. Il compratore ha finito la sua momentanea comparsa, gli restano alcune appendici di diritto, delle quali si terrà conto nello studio dell'articolo 739, ma egli si ritira o restituisce il fondo. Qualunque sia il nuovo e definitivo compratore, esso ha causa direttamente dal primo proprietario, anche per gli effetti dell'articolo 686.

Ancorchè non segua l'incanto perchè al rincarante non piace il continuare (e ordinariamente non piace se si trova utile avere il fondo a quel prezzo), e niun altro creditore si faccia avanti, dovrà nonostante aver luogo l'aggiudicazione per mezzo di sentenza, in relazione all'articolo 685. Lo stesso oblatore del decimo (non mai il fideiussore) potrà chiedere quella pronunzia, citato il vecchio e il nuovo proprietario, e intervenienti i creditori ipotecarii, se ad alcuno giovi. Tale sentenza è di tutta necessità anche per la *trascrizione* ordinata dall'articolo suddetto nell'ultimo capoverso.

6. Non sarà inutile qui ricercare se le persone che si devono citare o notificare in questo speciale giudizio, lo siano ai loro domicilii reali, coll'organo dei loro procuratori, o in altra forma.

Il giudizio di *purgazione dalle ipoteche* divisato in questo Capo non ha precedenti, non si svolge da un altro giudizio come una delle sue fasi terminative, quale sarebbe quello di graduazione o liquidazione del prezzo, prodotto finale della espropriazione. Come nuovo e so-

stanziale, questo giudizio s'introduce fra le parti: ma essendo causa di tribunale, l'istante costituisce il suo procuratore (articolo 728 in fine). Il primo atto con cui il terzo possessore si mette in comunicazione colle parti opposte è quello prescritto dall'articolo 2043 del Codice civile; la dichiarazione *si notifica ai creditori iscritti al domicilio da essi eletto nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche* (articolo 1987, n° 2, del Codice civile). La notifica al *proprietario* si farà al domicilio reale.

La citazione indicata nell'articolo 730 è introduttiva di un giudizio che si considera separato e principale; e non vi può essere attribuito il carattere d'incidente; esso d'altronde comprende ciò che vi ha di più interessante nel giudizio medesimo. Quindi è che, sebbene l'articolo 730 non dichiari che *la citazione deve eseguirsi personalmente*, io ritengo che non il procuratore, ma piuttosto la parte stessa debba citarsi al domicilio che ha dovuto eleggersi secondo l'articolo 2044 del Codice civile. Il *precedente proprietario* non può esser citato che al suo domicilio reale; e non è senza significato, per comprendere il carattere del giudizio, osservare la larghezza del termine (articolo 730, n° 1).

È d'uopo convenire che, quantunque il Codice si proponga in principio di dividere i giudizi nelle due grandi categorie di *formali* e *sommarii*, vi hanno poi tante specialità e misture di forme che non acconsentono quella distinzione così netta e precisa; e tra gli stessi giudizi di carattere esecutivo s'incontrano spesso modalità proprie della varia loro natura, dove la relazione coi principii generali sembra mancare, e bisogna governarsi con norme d'analogia e colla ragione che anche in procedura vale qualche cosa.

Il *precedente proprietario*, citato giusta il ripetuto articolo 730, deve costituire il suo procuratore (art. 390). Il proprietario nuovo o presente lo avrà già costituito in obbedienza dell'articolo 728; ma il procuratore, per mettersi in azione, deve produrre il suo mandato.

Dirò una parola della contumacia per richiamare l'articolo 573 sotto l'influenza del quale si vive ancora in un giudizio di spropriazione.

Articolo 737.

Le eccezioni di nullità contro gli atti indicati nell'articolo 729 devono proporsi nel termine stabilito ai creditori per depositare nella cancelleria le domande di collocazione, con citazione del proprietario precedente e del nuovo a comparire all'udienza del tribunale nel termine di giorni dieci.

Le eccezioni di nullità relative alla richiesta di incanto devono proporsi all'udienza stabilita per comparire davanti il tribunale, affinchè sia provveduto sopra di essa.

Le eccezioni di nullità degli atti posteriori alla sentenza che ammette la richiesta d'incanto devono proporsi nel termine e nei modi stabiliti dall'articolo 695.

Annotazioni.

1. Tre ordini di nullità sono contemplati in questa legge: 1° degli atti preliminari e introduttivi del giudizio di purgazione anteriori alla richiesta d'incanto; 2° degli atti che riguardano il secondo periodo in cui si discute dell'aumento e del diritto d'incanto; 3° degli atti posteriori alla sentenza *che ammette la richiesta d'incanto.*

I termini, oltre i quali la eccezione diventa improponibile, sono fissati.

Quelle del primo ordine devono proporsi nei quaranta giorni che si assegnano ai creditori a produrre le loro domande e i loro titoli dall'articolo 728. Vediamo qui ripetersi il lodevole sistema dell'anticipato apparecchio della graduazione inaugurato nell'articolo 666, n° 5. Il termine dei quaranta giorni, speciale a questa procedura (*), decorre dalla notificazione prescritta dall'articolo 2043 del Codice civile. Ed è contenuto nel termine ordinariamente maggiore che s'interpone dalla notificazione del bando all'udienza dell'incanto, dichiarato nell'articolo 666, n° 3.

Può nondimeno accadere che non vi sia stata nè richiesta d'incanto, nè pubblicazione di editti; contuttociò devono sempre scorrere i

(*) Nella ordinaria di spropriazione non è che di trenta giorni (articolo suddetto 666, n° 5).

quaranta giorni (articolo 2043 del Codice civile), che è un lasso di sospensione che tanto giova ai creditori per ammannire i loro titoli, quanto profitta a chi vuole a suo agio riflettere sulla convenienza di farsi richieditore dell'incanto e acquirente coll'aumento del decimo. Così armonizzano i due termini; nè verrebbero ad incrociarsi se non nel caso che si fosse promossa la domanda dell'incanto molto celeremente, e l'udienza provocata secondo l'articolo 730 cadesse prima dei quaranta giorni. Certamente scopo della legge è stato di distribuire il tempo in guisa che codeste querele di nullità si venissero svolgendo, per dir così, su piani successivi, e pare non abbia preveduto questo avvenimento. Inconveniente sarebbe, già si comprende, che dopo venti giorni, per esempio, si proponesse l'udienza ove si deve o no ammettere la istanza per l'incanto, mentre ancora avanzasse tempo a dedurre la nullità degli atti preliminari del giudizio. L'inconveniente potrà essere temperato dal senno dei giudici che, avvisando al pericolo, sospendano la pronunzia sino al trascorrimento intero dei quaranta giorni.

Quanto alle eccezioni di nullità del secondo ordine non occorre osservazione; e si fa manifesto che vi sarebbe decadenza, quando la nullità non fosse allegata prima della discussione del merito.

Il terzo ordine delle nullità non riguarda che gli atti *posteriori alla sentenza*. Se la nullità fosse nella stessa sentenza, non si avrebbe rimedio che l'appello, se e come potesse aver luogo.

Le eccezioni della seconda maniera si propongono con comparsa o conclusione scritta, o anche verbalmente, per autorità del primo capoverso dell'art. 737: le altre per citazione.

Articolo 738.

Le sentenze che rigettano le eccezioni di nullità indicate nel secondo capoverso dell'articolo precedente non sono soggette ad appello.

Le sentenze che pronunziano sopra le altre eccezioni di nullità indicate nello stesso articolo sono appellabili.

L'appello si propone a norma dell'articolo 703.

Annotazioni.

1. Si sarebbe potuto dire, con una espressione generale, che tutte le sentenze che si pronunziano nel giudizio di purgazione (fecondo quant'altro mai di rilevanti questioni) sono appellabili, eccettuate quelle che versano sopra le *eccezioni di nullità posteriori* alla sentenza che *ammette alla richiesta d'incanto*.

Quanto alle persone da citarsi, diciamo anche qui il giudizio di appello prosegue che fra quelli ch'ebbero briga della nullità. Ciò è in perfetto rapporto cogli art. 703 e 725. Quindi sebbene la massa dei creditori abbia sempre interesse sull'esito della controversia, ciò non conclude alla necessità di citarli, fuorchè in questi due casi: 1° che i creditori siano fra gli istanti o gli opponenti in prima istanza; 2° che sia preso di mira il loro diritto particolare, come oggetto dell'appello. Devono però sempre citarsi i due proprietarii, il vecchio e il nuovo, se alcuno di essi non sia lo stesso appellante.

Tanto più questi canoni di ragione giudiziaria dovranno applicarsi, che un giudizio di purgazione, a differenza di quello di graduazione, piuttostochè definire i mutui rapporti di diritto dei creditori, non tende che a proporre i mezzi di soddisfarli; il perchè un vero interesse contrario nella massa non si può dire che esista. Solamente il dualismo si manifesta intorno alla quantità della somma che il proprietario vorrebbe restringere dentro la propria offerta, che è quella del prezzo convenzionale, laddove ai creditori preme di aumentarla.

Si aggiunge, specialità di questo giudizio, che il creditore che forzò il prezzo coll'aumento del decimo, e diede cauzione, sembra agire, sotto questo aspetto almeno, nell'interesse comune, come si è osservato più sopra, onde si può dire rappresentare in appello il ceto creditorio.

2. Ma tanta è la varietà dei casi, che qualche creditore potrà convincersi, correndo l'appello, della necessità di proporre difese (escluse sempre domande nuove, propriamente tali) nel suo particolare interesse. Vera è quella massima insegnata dal CHAUVEAU: *en première instance l'intervention sera recevable, mais en appel il ne suffit pas d'avoir de l'intérêt, il faut avoir un droit*, massima da noi spesso ri-

cordata, e capitale nella procedura d'appello. Per altro la posizione dei creditori iscritti, nei giudizi di espropriazione, di graduatoria, e nel presente, è di maniera ch'essi si ritengono già in causa, quantunque non si trovino compresi fra coloro che litigano sopra un dato punto, in qualche controversia incidente, e quindi non occorra citarli in appello. Ma anche non citati, possono intervenire nominatamente, deducendo bensì la ragione, ossia l'interesse che li muove, ma è molto facile che questo *interesse* sia un *diritto*, secondo la espressione di CHAUVEAU, e che *ad essi competa opposizione di terzo*, che è la condizione voluta dall'articolo 491 (*).

3. Parmi anche dover segnalare la differenza, sapientemente avvisata dal legislatore, fra codeste eccezioni. Qual è mai il soggetto delle eccezioni di nullità *posteriori alla sentenza*, se non le contestazioni della forma in atti di mera esecuzione? Ma quelle superiormente accennate sono di tutta sostanza, mentre o attaccano le basi stesse del giudizio, o le condizioni vitali per le quali sole può verificarsi la spropriazione di un acquirente legittimo.

Articolo 739.

Quando l'incanto non sia domandato nel tempo e nel modo stabilito dalla legge, le produzioni fatte dall'acquirente e dai creditori iscritti continuano a restare depositate nella cancelleria, per essere esaminate dagli interessati, durante giorni quindici da quello in cui il valore degli immobili sia rimasto definitivamente stabilito a norma dell'articolo 2046 del codice civile.

Decorso il detto termine, il cancelliere deve, nei cinque giorni successivi, consegnare al giudice delegato per la graduazione tutte le carte relative alla medesima.

Annotazioni.

1. La decorrenza dei quindici giorni si toglie dal punto in cui *il valore degli immobili sia rimasto definitivamente stabilito a norma dell'articolo* 2045 *del Codice civile;* e precisamente, *scorsi i quaranta giorni* prefissi dall'articolo 2040 dello stesso Codice. Quali siano o debbano essere le produzioni *fatte dall'acquirente e dai creditori iscritti*, si è visto negli articoli 727 e 728.

2. *Liberazione del fondo dalle ipoteche.*

Qui la legge del rito ci abbandona: ma a compiere le nostre idee ci soccorre il Codice civile e la ragione giuridica onde s'informa. Facciamo adunque qualche passo più avanti, certi di non uscire dal nostro argomento.

L'art. 2046 del Codice civile, capoverso 1°, enuncia nettamente il principio. « L'immobile « resta liberato dalle ipoteche relative ai cre« diti che non possono venire soddisfatti col « prezzo ».

Il prezzo fu già determinato nell'offerta (articolo 2043, n° 2): il silenzio dei creditori lo ha approvato. Se vi fu opposizione, se la liquidazione del prezzo non passò senza contrasto, dal momento che è stato definito, è insieme stabilita la misura dei pagamenti e la sorte dei creditori. Degli interessi del prezzo si è discorso intorno all'art. 728.

« Riguardo alle altre ipoteche, continua « l'articolo 2046, l'immobile ne è liberato a « misura del pagamento dei creditori util« mente collocati, o mediante deposito nei « modi indicati dal Codice di procedura civile » (articoli 719, 722, 723).

Io ho supposto che i creditori ipotecarii abbiano fatto opposizione alla liquidazione del prezzo, senza nè domandare la nullità della denuncia e notificazione, e senza chiedere il nuovo incanto. Ciò è possibile: non respingendo la domanda, come si farebbe nel primo caso, e non togliendo di mano al possessore il fondo, come si farebbe nel secondo.

3. *I creditori chirografarii possono criticare il prezzo.*

In questo aspetto la stessa opposizione dei creditori chirografarii è possibile. Non lo sarebbe sotto l'influenza di un principio diverso. Se non si potesse mai disputare sulla somma del prezzo senza o impugnare di nullità la denuncia o la richiesta d'incanto, nè l'uno nè l'altro sarebbe permesso a creditore non iscritto o al suo fideiussore. Ma sulla *quan-*

(*) Io credo in questo punto di vista si ponesse la Corte di Parigi (18 febbraio 1826), che, discutendo dell'intervento del creditore iscritto, si fece appoggio dell'interesse: sentenza censurata dal CHAUVEAU (questione 2495 bis).

tità del prezzo i chirografarii possono spiegare, secondo le circostanze, un interesse diretto; e pur senza la corazza del creditore ipotecario, combatterne la liquidazione. Questa teoria è stata dimostrata da TROPLONG (*Des hypothèques*, n° 947 ter), al quale posso rinviare per brevità il lettore.

4. *Limitazione della regola stabilita nel citato articolo 2046, quando esistano vizi nel contratto di vendita contro il quale i creditori intendono esercitare le loro azioni.*

L'esercizio di questo diritto dei creditori si vede apertamente essere diverso da quello di rincarire e chiedere l'incanto, come più volte fu deciso dalla Cassazione francese (decisione del 14 febbraio 1826, 19 agosto 1828, 2 agosto 1836, DALLOZ, tom. XXVI, part. I, pag. 167, tom. XXVIII, part. I, p. 392, tom. XXIX, part. II, pag. 184). Era comune nel vecchio diritto francese, le *lettere di ratifica* non purgare i vizi dell'alienazione, e anche dopo il *sigillo delle lettere* potersi intentare azioni di rivendicazione e di nullità del contratto.

Ma s'intende entro certi limiti. Se fossero già consumate tutte le formalità della purgazione, sino alla distribuzione del prezzo, colui che acquistasse da quel proprietario che di questa guisa purgò l'immobile, e ottenne la completa adesione dei creditori, quell'acquirente sarebbe in buona fede, e non potrebbe essere molestato (TROPLONG, n° 957 bis).

5. *Diritti del compratore spossessato verso il venditore e verso l'aggiudicatario giudiziale.*

Articolo 2049 del Codice civile. « Il compratore all'incanto, oltre al pagamento del « prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, « è tenuto a rimborsare l'anteriore acquirente « delle spese del suo contratto, della trascri« zione, della iscrizione voluta dall'art. 2042, « dei certificati del conservatore, della notifi« cazione e della inserzione. Sono parimente « a carico del compratore le spese fatte per « ottenere l'incanto ».

Esiste un aggiudicatario giudiziale, ossia colui che aumentando il decimo trasse a sè la proprietà del fondo (articolo 736), o un deliberatario che ha superato la gara dell'asta. Altra volta si è detto che questo acquirente ha causa immediata dall'antico e non dal nuovo proprietario per tutte le conseguenze giuridiche del passaggio del dominio, non restando fra quest'ultimo e il deliberatario giudiziale che il còmpito delle spese impiegate ad uno scopo che non è riuscito, dei frutti interinalmente percetti, dei miglioramenti e deterioramenti se ce ne sono. È importante il seguente passaggio di GRENIER: « De ce principe il ré« sulte une conséquence infiniment impor« tante, c'est que l'immeuble adjugé n'est nul« lement sujet aux créances et hypothèques « *personnelles à l'acquéreur*. Les seuls créan« ciers du vendeur ont droit au prix de l'im« meuble, c'est-à-dire au montant de l'adjudi« cation. La vente subsiste en faveur de l'adju« dicataire, moyennant ce prix, et tous les « droits de recours et garantie, relativement « à la propriété que l'acquéreur aurait pu « exercer contre le vendeur, l'adjudicataire « peut les exercer lui même. Il ne reste enfin « à l'acquéreur que l'action contre le vendeur, « à raison des dommages et intérêts, et des « suites de l'éviction » (n° 470).

Pensa DELVINCOURT che l'acquirente spossessato possa pretendere ristoro dei miglioramenti, *quatenus res facta sit pretiosior* (t. VIII, pag. 188), e TARRIBLE, che abbia per questo oggetto il diritto di ritenzione (n° 238).

Effetto del totale annullamento del contratto è il rimborso delle spese che il compratore convenzionale ha sostenute, perchè non bisogna dimenticare che fu un compratore legittimo. Le spese del giudizio e di tutte le altre che il primo compratore fece per causa di esso, sono a carico dell'aggiudicatario giudiziale (articolo 2049). Con ciò si dimostra, che le spese del giudizio esecutivo non incombono ai creditori: l'acquirente deve averle calcolate nell'economia della sua offerta, ma propriamente non fanno parte di prezzo. Resta a vedere se il creditore che, rincarando il prezzo, è divenuto acquirente (art. 736), sia ugualmente tenuto. E così si deve conchiudere, per essere nella condizione medesima di ogni altro acquirente giudiziale (*).

Articolo 740.

Le disposizioni contenute nei due capi precedenti sono applicabili ai giudizi di vendita e di graduazione, che fanno seguito all'istanza di purgazione, salvo le disposizioni speciali contenute in questo capo.

(*) Io trattai diffusamente di questa materia nel *Commentario al Codice di procedura civile sardo*, tom. V, part. II, pag. 93 a 158, al quale mi permetto rinviare chi non fosse pago della brevità alla quale ho dovuto tenermi in questo commento.

TITOLO IV.

DELL'ESECUZIONE PER CONSEGNA O RILASCIO DI BENI

Articolo 741.

Quando la parte condannata a consegnare un oggetto mobile o a rilasciare un immobile non eseguisca la sentenza nel termine stabilito, o, in difetto, entro giorni dieci dalla notificazione del precetto, si procede nel modo prescritto dai capi seguenti.

Nel precetto si fa alla parte condannata l'intimazione di consegnare i mobili, o di rilasciare gli immobili nei giorni dieci successivi, e l'avvertimento che, in difetto, si procederà all'esecuzione forzata.

Annotazioni.

La esecuzione avvisata in questo Titolo è fondata nel diritto *in re*, e non semplicemente *ad rem*, quale stromento di soddisfazione, giusta il fine ordinario degli oppignoramenti. Quindi si doveva proporre un modo facile ed istantaneo per riavere le cose corporali che ci appartengono; e vi si è provvidamente pensato in questa parte del nuovo Codice. (Intorno i caratteri proprii di quest'istituto *V.* le nostre ANNOTAZIONI agli articoli 745, 746.)

La base è sempre un giudicato; e il nostro articolo ci fa sentire che tali ingiunzioni sono eseguibili entro un certo tempo, in un termine solito ad assegnarsi nella stessa sentenza, termine che, com'è naturale, decorre dalla notifica.

È un ramo anche questo del grand'albero delle esecuzioni forzate; e per le norme primarie bisogna ricorrere al Titolo I di questo Libro tutto dedicato a tali giudizi. Alcuni proposti appena accennati hanno in quello il loro significato, ivi assumono la loro forma. Il termine assegnato dal tribunale sembrerebbe essere susseguito da un secondo termine, che è di *dieci giorni* dalla notifica del *precetto*. Deve dunque farsi il precetto, in certi casi almeno, e la sua conformazione sarà quella precisata dall'articolo 563, modificata di ragione secondo il nuovo e particolare suo oggetto.

O si tratti di mobili o d'immobili, la sentenza può concepirsi emanata da qualunque autorità giudiziaria, per quanta è la propria competenza. Vedremo all'articolo 744 che la cognizione delle controversie relative appartiene all'autorità giudiziaria che ha proferita la sentenza. Poichè *l'elezione del domicilio è necessaria* (art. 563, n° 2), non seguiremo più la distinzione dei *mobili* o degli *immobili*, ma piuttosto quella della competenza statuita, come si è detto, non dalla qualità delle cose, ma da quella del magistrato che ne ordinò la consegna.

Ho adombrato un dubbio che ora risolvo. L'articolo 565, che è uno dei più chiari e dei meglio redatti, decide che, eseguendosi la sentenza entro un certo termine, la spedizione del precetto non è necessaria ove nella sentenza sia prescritto il tempo in cui dovrà *consegnarsi il mobile*, o *rilasciarsi l'immobile*. Se il magistrato fosse proprio tenuto, e sempre tenuto, ad esprimere il termine, non avrebbe più senso quella parte dell'articolo 741, ove si parla del *precetto* e dei *dieci giorni* di aspettazione che ne seguono. Deve dunque concludersi, per la desiderabile armonia dei proposti legislativi, che il magistrato può e, senza nota di nullità, può anche non assegnare il termine, e per ciò farsi luogo al precetto. Ma dove sta il dubbio? Solo in quel modo di dire (ah! i modi di dire in procedura sono una gran cosa) *quando... non eseguisce la sentenza nel termine stabilito*, o, IN DIFETTO, *entro giorni dieci dalla notificazione del precetto...* Al buon senso del lettore si presenta tosto l'idea che un secondo termine sia accordato oltre quello assegnato dalla sentenza, *al cui adempimento si faccia difetto:* eppure non è così. Quello che vuol dire e dovrebbe dire il testo, si è *quando*

la parte... non eseguisce la sentenza nel termine in essa stabilito, ovvero nei dieci giorni dalla notifica del precetto, se termine non fosse stabilito dalla sentenza... (*), onde la frase *in difetto* non si riferisce più alla esecuzione, ma alla formola della sentenza.

Perchè dunque abbia il suo effetto il dettato dell'articolo 565, che generale, come regola, e speciale quanto al subbietto, non potrebbe avere d'altronde applicazione, bisogna dire che la ingiunzione del capoverso del nostro articolo 741 non è tassativa, ma supletiva, mancando cioè l'assegnazione del termine nella sentenza.

Provvede già l'articolo 565 (capoverso) sulla forma della elezione del domicilio. Ma nessuna ingiunzione sarà necessaria? Necessaria, nessuna: parla la sentenza e parla la legge: il debitore è diffidato abbastanza. Facile però è il vedere che sarà sempre utile cautela dichiarare nell'atto di notificazione che passato il termine assegnato, sarà senz'altro mandata ad esecuzione la sentenza.

CAPO I.

DELLA CONSEGNA DEI BENI IMMOBILI

Articolo 742.

Per la consegna di beni mobili l'usciere si trasferisce nel luogo in cui si trovano, e ingiunge alla parte condannata di eseguire immediatamente la sentenza. Se la parte ricusi o non sia presente, i mobili indicati nella sentenza sono rimessi alla parte a cui deve farsi la consegna.

Sono applicabili a questa esecuzione le disposizioni degli articoli 594 e 596.

Annotazioni.

1. Essendo questa forma di esecuzione autorizzata da sentenza, e non potendo avere altra causa giuridica (**), il titolo esecutivo è la sentenza stessa notificata al debitore come punto di partenza del termine. Laonde non è stato mestieri ripetere il disposto dell'art. 562.

2. L'articolo 578 non è richiamato, ma, in fatto di mobili specialmente, potrà prestare utile e non infrequente soccorso. È quindi applicabile.

3. *Della opposizione.*

Importa il sapere se l'*opposizione del debitore* sia in questa natura di giudizi ammessibile. Noi crediamo che l'opposizione, già sancita negli articoli 578 e 660, sia di diritto, eziandio non esistendo il *precetto*, che infine non è il termine logico della opposizione, potendo lo stesso precetto essere contenuto nelle ingiunzioni della sentenza, e non aver d'uopo del fatto ulteriore e confermativo della parte, giusta il citato articolo 565. Non occorre dichiarare, che l'opposizione non può ferire il giudicato, e deve starsene, secondo la propria ragione di essere, nei limiti della esecuzione; ma se, ad esempio, i mobili fossero già stati consegnati, i libri che si vogliono sorprendere nel mio fondaco furono per causa legittima trasportati in altro luogo, supponiamo per unirli ad altri documenti per i quali si sta compilando un inventario legale, lo potrò bene difendermi dall'oltraggio di una perquisizione che mi viene minacciata, in casa mia, opponendomi o contrastando la esecuzione.

Parmi aver toccato nei luoghi opportuni, che la materia della opposizione ad una ingiunzione esecutiva non ha confini così esattamente determinati, che non sia lecito disputarne. La *integrità del giudicato* è la regola prima e costante: quanto ai diversi modi o di pagamenti, o sulla cessazione dell'azione per fatti o anteriori o posteriori della sentenza, che sogliono essere la materia della opposizione, non pochi

(*) L'articolo 898 del Codice di procedura del 1859, non chiaro, è stato alquanto guasto dalla nuova redazione. Ivi non si parlava del precetto, e ciò faceva meno equivoco.

(**) Escluse cioè le altre due categorie di titoli esecutivi (articolo 554, n° 2 e 3).

i dubbii; ma non possiamo rinnovare la discussione. In fatto di restituzione di mobili, può presentarsi qualche singolarità. Sono mobiglie che Tizio deve restituire, e forniscono la sua casa d'affitto; forse il locatore, per sostenere il suo diritto immanente di privilegio, contrasta il trasporto di quelle mobiglie: sarà giudizio di opposizione? Se alla *opposizione* si vuole conservato il suo carattere di *eccezione sollevata dal debitore contro gli atti esecutivi* che gli sono minacciati, l'azione del locatore si dirà formare piuttosto un giudizio principale indipendente dal giudicato e nuovo: ad ogni modo lo scopo sarà pur quello di sviare e d'impedire l'esecuzione, quantunque provenga dal fatto di un terzo.

L'autorità del giudicato non è mai lesa dall'azione dei terzi. Dal lato dello stesso debitore può eccitarsi questione, che sebbene tenda a inabilitare la disposizione del giudicato, ne rispetta il volere, e solo mostra che il fatto è venuto in tale condizione che il giudicato stesso non potrebbe eseguirsi giusta la mente sua. A cagion d'esempio, se il condannato provi per un fatto posteriore al giudicato in lui trasferita la proprietà dei mobili, quella proprietà ch'egli sostenne presuntivamente in forza dell'articolo 707 del Codice civile (*), e fu respinto nella sua allegazione. L'autorità del giudicato non sarebbe lesa da una tale discussione.

4. Non richiamato, anzi in semblanza di studiosamente evitato, l'articolo 595 mi sembra tuttavia applicabile. Per qual ragione la parte istante non potrebbe assistere in persona a siffatta operazione dell'usciere? Il testo dice: sono rimessi (i mobili) alla *parte a cui deve fare la consegna*. Perchè no alla parte presente? Il mobile consiste in uno scrigno di diamanti e in altri oggetti preziosi. Non sarà più spedita l'operazione, cessando così ogni pericolo nell'indugio, consegnandosi immediatamente dall'usciere al suo proprietario che lo rivendica? Finisce di convincerne ciò che nel seguente articolo si dichiara, ove si vogliono osservate le formalità del n° 2 dell'articolo 597.

Articolo 743.

L'usciere fa processo verbale dell'esecuzione, il quale oltre le formalità stabilite nei numeri 1°, 2°, 3°, 4° e 5° dell'articolo 597, deve contenere:

1° La descrizione dei mobili sui quali cade l'esecuzione;

2° La menzione della consegna fatta a norma dell'articolo precedente.

Il processo verbale è sottoscritto, dalle parti presenti, dai testimoni e dall'usciere.

Se la parte condannata alla consegna non sia presente, copia del processo verbale le è notificata nel termine di due giorni successivi al medesimo. Questo termine è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148, secondo che il luogo in cui si è fatto, e quello in cui è notificato alla parte condannata siano compresi in diversi mandamenti, o in diverse giurisdizioni di tribunali o di corti d'appello.

Annotazioni.

1. « La menzione della consegna », cioè se avrà avuto luogo. La parte istante potrebbe non esser presente.

I mobili da restituirsi possono essere sparsi in più luoghi, a smisurate distanze nella vastità del nostro regno. La legge lo prevede; e misura il tempo entro il quale deve farsi la notificazione del processo verbale. Non si parla che di *un processo verbale* e di *una notificazione*. Ma i processi verbali ove le cose siano nel Veneto, in Sicilia ed in Sardegna, saranno più d'uno, e redatti da diversi uscieri. Bisogna dunque intendere che le notificazioni saranno anche moltiplici, tanto più che possono i verbali essere eseguiti a distanza di tempo; onde il termine si conterà per ognuno di essi secondo la prescrizione dell'articolo, a comodo del notificante; ed ogni atto di notifica sarà così rispettivamente regolato.

(*) « Il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo ».

Digitized by Google

2. Il possesso del mobile *dev'essere attuale*, nel debitore della restituzione o consegna; passato il possesso ad un terzo, la esecuzione non è più possibile. La sentenza di consegna darebbe fondamento ad una nnova azione, a quella dei danni ed interessi (CARRÉ, q. 2815).

Articolo 744.

Il processo verbale è depositato immediatamente nella cancelleria della pretura per essere unito alla sentenza. Se la sentenza non sia stata pronunziata dal pretore del mandamento in cui fu eseguita, il cancelliere deve trasmettere al detto fine, nel termine di dieci giorni dall'esecuzione, il processo verbale in originale al cancelliere dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza.

Annotazioni.

Rimasi in forse se per qnesto articolo non fosse portata una grave modificazione al sistema della competenza. Il processo verbale è sempre prodotto nella cancelleria *dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza per esservi unito*. Dubitai che codesto indirizzo della produzione del processo verbale non fosse argomento a dimostrare che l'autorità gindiziaria che pronnnziò la sentenza sia pure competente *a conoscere delle controversie* che intorno a questo genere di esecuzioni possono sollevarsi. Nelle esecuzioni pignoratizie il processo verbale si deposita immediatamente dall'usciere nella cancelleria del pretore locale (art. 604). Mi passò per la mente che una esecuzione di questa maniera, rapida, istantanea, a differenza della esecuzione pignoratizia che si sviluppa lentamente in nna data circoscrizione territoriale, non avesse d'uopo di quella costante applicazione dell'autorità locale che quasi vi presiede e la sorveglia, parata sempre a imprimervi la direzione del suo senno e della sua giustizia.

Il dubbio si avvalora per un'altra considerazione. I mobili, di cui è ordinata la restituzione, possono essere sparsi in molti luoghi, secondo la ipotesi stessa fatta dalla legge: ciò è ben possibile, se, ad esempio, un'amministrazione di una casa di commercio avesse più sedi in distanti regioni del regno. Tutte queste fila dovrebbero far capo a quell'autorità da cui parte l'ordine generale, e dalla quale tutto questo moto dipende. Vi è di più. *Le controversie sulla esecuzione* possono essere di due maniere. In quanto cadano sul materiale della esecuzione, e allora non è incongruo che il giudice locale accorra a deciderla; o in quanto involvano una parte o appendice o reliquia del merito: e sarebbero appunto di quei casi che abbiamo accennati parlando dell'articolo 742. Poste codeste esecuzioni moltiplici, potriano nascere sentenze diverse, contraddittorie: onde sembra buon ordinamento quello di concentrare la somma nell'autorità gindiziaria che pronnnziò la sentenza, migliore interprete della propria decisione.

Ho dovuto nondimeno risolvermi per l'applicazione dell'articolo 570, perchè, essendo generale in materia di esecuzione, estende il suo legittimo dominio anche su questa specie del genere-esecuzione (*saisie-rivendication*): onde, senza una deroga formale, non potrebbe credersi venuta meno la virtù sua; perchè il fatto della prodnzione del verbale, che tiene più alla disciplina che al sostanziale gindiziario, non sarebbe abbastanza eloquente per dimostrare l'abrogazione dell'articolo 570; perchè l'esercizio della giurisdizione locale sarà bensì più limitato, ma non può dirsi mancare di scopo, mentre in siffatte esecuzioni eziandio può trovarsi necessario l'impero del giudice del luogo, come nel caso del già richiamato articolo 596; perchè se è vera la notata distinzione fra controversie di forma e di sostanza nello stesso tema esecutivo, vero è ancora che il *giudizio sulla opposizione* viene espressamente demandato dall'articolo 579 alle autorità locali e non al giudice che pronunziò la sentenza portata ad esecuzione; finalmente perchè il pericolo di decisioni varie ed opposte, quantunque remoto, esiste bensì, ma, oltrechè vi sono leggi che regolano tali conflitti, presso a poco lo stesso pericolo s'incontra nelle esecuzioni pignoratizie.

Un ultimo argomento. Dato che l'autorità competente nei giudizi di esecuzione fosse quella che pronunziò la sentenza, sarebbe costituita al tribunale di commercio una facoltà che non gli appartiene per ragioni inerenti alla qualità della sua giurisdizione; e questo non è affatto possibile.

CAPO II.

DEL RILASCIO DEI BENI IMMOBILI

Articolo 745.

Per il rilascio di beni immobili l'usciere notifica alla parte condannata il giorno e l'ora in cui si recherà sul luogo per la esecuzione.

La notificazione è fatta due giorni almeno prima dell'esecuzione, e vale citazione alla parte condannata affinchè possa trovarsi presente.

Articolo 746.

Nel giorno e nell'ora stabiliti, sul luogo dell'esecuzione l'usciere immette l'istante in possesso dell'immobile indicato nella sentenza, ingiungendo alla parte condannata di non turbarlo, e di non più ingerirsi nell'immobile rilasciato, sotto le pene stabilite dal codice penale.

Se vi siano coloni, affittuari, inquilini o altri detentori, l'usciere deve fare riconoscere anche da essi l'istante come proprietario o possessore.

È applicabile a questa esecuzione quanto è stabilito negli articoli 594 e 596 parte prima.

Annotazioni.

Dei caratteri generali di questo istituto.

Raccolgo qui le non molte ma non inutili considerazioni che occorrono a ben definirlo.

La *saisie-revendication* dei Francesi deve aver prestate delle idee ai nostri legislatori; ma toccando di alcune differenze che s'incontrano nelle due legislazioni, comprenderemo ancor meglio la natura di questo istituto, che non ha mai avuto l'onore di speciali considerazioni.

La *saisie-revendication* è un'azione che si svolge da due diversi diritti reali: *dal diritto di proprietà e dal diritto di pegno.* « Notre « droit, ha detto il BOITARD, reconnalt une re- « vendication de propriété et une revendication « de possession a titre de gage. La saisie-re- « vendication de notre titre a pour but d'as- « surer l'efficacité de toutes ces demandes de « revendication, en empêchant le détenteur de « faire disparaître le meuble en litige pendant « la durée de procès » (*Leçons de procédure*, n° 1090. Quindi, egli continua, quell'azione non cade che sui mobili.

Parlando di questo soggetto il ROGER, e ricercando in quali condizioni giuridiche debba quest'azione accordarsi, e tenendo ferme le due basi di diritto già ritenute dal BOITARD, ne applica il concetto al proprietario che non è più in possesso della cosa, e ha ancora diritto di ricuperarla, come se spogliato per furto, trufferia e abuso di confidenza; al proprietario di una casa o di una terra dalle quali il mobile fu tolto senza il suo consenso; al venditore del mobile non pagato se non si ebbe fede del prezzo, cioè senza dilazione al pagamento. Possono aggiungersi il comodante, il depositario, il locatario e simili. Questo accurato scrittore rimprovera a PIGEAU e a THOMINE l'errore di credere che *ogni creditore* abbia pari diritto, dacchè il mobile appreso per soddisfare i suoi crediti sia amosso, trafugato, portato altrove: sostiene il ROGER, che essendo fondata quest'azione *in un diritto reale*, non si estende ad altri che hanno nella procedura diversi e appositi rimedii (*De la saisie-arrêt*, n° 41).

Quest'azione, esercitata in una maniera facile e pronta, dai periti della procedura è riputata utilissima. Dice il CARRÉ, che per essa fortunatamente si prova potersi evitare la *opposizione di terzo*, mezzo più arduo e meno sicuro per toglier di mano agli illegittimi detentori i mobili che sono già oppignorati o vicini ad esserlo (Procedura francese, art. 826 e seg.).

Tale azione, diceva ancora BOITARD, non si applica mai agli immobili. « Le demandeur a

« l'action possessoire ou pétitoire peut seule-
« ment demander que l'immenble, dont la pro-
« priété ou la possession sont contestées, soit
« mis en séquestre pendant la durée du
« procès ».

Le dottrine che siamo venuti ricordando dimostrano una cosa sola: che gl'istituti della procedura francese erano scarsi alle esigenze del diritto, poichè la rivendicazione si esercita così sugli immobili come sui mobili; e ben potevano pronunciarsi sentenze che, riconoscendo il diritto di rivendicare l'immobile, ordinassero nello stesso tempo di abbandonarlo al rivendicante. Ma egli è piuttosto, che l'istituto francese diversifica sostanzialmente dal nostro in ciò, che non trattasi in quello di una vera esecuzione di giudicato, ma più presto di *un sequestro*, chiamato appunto *in causa di rivendicazione* a significare che doveva bensì esser fondato *in un diritto reale*, ma che aspetta nonostante la decisione del giudice.

Tale sequestro, che ha per base un diritto *in re*, onde si segrega dagli altri, che non sono che modi delle azioni di credito, e ristretti alle cose mobili, è autorizzato da una ordinanza, e, come ho detto, non è un *jus decisum*, ma che deve ancora decidersi; onde anche in questo il sistema francese si dilunga dal nostro.

Il nostro Titolo suppone la esistenza del giudicato; e circoscritto com'è dall'indole sua, nelle pure determinazioni della procedura, non si occupa delle cause giuridiche che le hanno prodotte. E noi non le accenniamo se non per mostrare che questa esecuzione ha carattere distinto da ogni altra che perseguita le cose come valori realizzabili all'effetto del soddisfacimento di crediti; mentre con questa il vincitore s'impadronisce della cosa stessa per ritenerla in proprio dominio o possesso.

Quel motto — *consegna di beni mobili; rilascio degli immobili* — è una sintesi difatti di moltiplici azioni che hanno termine in questo risultato: e non derivano soltanto dal diritto di rivendicazione per causa di proprietà. Il *rilascio d'immobili* si effettua anche per causa possessoria.

Bisogna però avvertire che si può perdere il possesso, e nondimeno non esser d'uopo invocare una sentenza *di rilascio*, nè osservare questa procedura. Chi è turbato e menomato nel suo diritto di possesso, o violentemente cacciato e spogliato, è restituito con decreto del giudice del possessorio, che si eseguisce senza por tempo in mezzo e senza tanti precetti, ingiunzioni e cautele. Solamente chi dentro l'anno non esercita i suoi rimedii possessorii (articoli 694 e 695 del Codice civile) è obbligato, volendo ricuperare il possesso, ad istituire un'azione di rivendicazione dello stesso possesso che, riuscendo vittoriosa, si realizza in una sentenza di *rilascio dell'immobile*.

Talvolta la sentenza rappresenta il compimento di un processo esecutivo, come quella dell'articolo 685, per la quale è ordinato al debitore spropriato di *rilasciare l'immobile*.

Ma il condannato al rilascio dell'immobile di qual maniera potrà evitare questa umiliante esecuzione e precorrere i termini che, più o meno lunghi, non iscorrono per lui senza danno? Parmi che il rimedio sia suggerito dall'articolo 2019 del Codice civile, l'abbandono del fondo colle cautele ivi consigliate.

Articolo 747.

L'usciere fa processo verbale dell'esecuzione, il quale, oltre le formalità stabilite nei numeri 1°, 2°, 3°, 4° e 5° dell'articolo 597, deve contenere:

1° La descrizione degli immobili sui quali cade l'esecuzione;

2° La menzione delle operazioni richieste dall'articolo 746.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai testimoni e dall'usciere, osservato nel resto quanto è stabilito nel secondo capoverso dell'art. 743, e nell'articolo 744.

Annotazioni.

La inosservanza delle prescrizioni inginnte da questo articolo produce la nullità dell'atto?

A questa domanda la legge risponde col silenzio. Noi ci siamo trovati più volte alla stessa domanda e alla stessa risposta. Non diverso il problema che ci offre l'articolo 597, dal quale ricaviamo i requisiti principali; ed eccoci ancora in presenza di quel canone sommo che è nell'articolo 56 al primo capoverso, che fa perpetuo contrasto colla regola che lo precede; quasi due forze che si bilanciano. In effetto mirano ad uno scopo, che l'atto sia quello che dev'essere: formi perfetta testimonianza di ciò che si vuole storicamente stabilito; o renda perfetta quella notizia di cui è l'organo. Io stimo che gli atti della procedura possano di-

Digitized by Google

stinguersi in queste due categorie principali: *di atti storici* e *di atti operativi;* gli uni a far fede degli avvenimenti (come sono tutti i processi verbali); gli altri destinati all'azione. L'oggetto pratico dei primi è la *verità;* dei secondi è la efficienza che l'atto, secondo l'indole sua, deve produrre. L'articolo 56 ha dato ai giudici buona materia da meditare. La importanza di questi ultimi, appunto perchè destinati a produrre dell'effetto, a diffondere delle notizie interessanti (per esempio i bandi), a servire quasi di muscoli al movimento giudiziario, l'importanza loro, io diceva, è maggiore. Chi volesse comprovare la mia proposizione con esempi tratti dal Codice, credo che lo potrebbe.

Qual è mai l'oggetto specifico dell'art. 747? Quello di stabilire che l'usciere non ha abusato della sua posizione, che non ha fatte cose d'arbitrio; il possessore espulso deve vedere nel verbale la regolarità della operazione; e l'atto deve contenere la prova della propria autenticità (*). Sui requisiti che debbono fornirla non si transige. È impossibile il dire che il prescritto dell'ultimo capoverso dell'articolo non debba osservarsi a pena di nullità. La non perfetta osservanza delle altre formalità converrà giudicarla con discreto criterio. La *menzione*, verbigrazia, *delle operazioni richieste dall'articolo* 746, non imposta in termini rigorosi, anco imperfetta, anco non piena, non farebbe cader l'atto.

Qualche cosa resta ad osservare sopra alcuna delle formalità prescritte. Il n° 5 dell'articolo 597 non si applica se non quanto è possibile; la *somma del credito* è cosa estranea a questo genere di esecuzione. La notifica potrebb'esser nulla, non conformata ai termini indicati nell'ultimo capoverso dell'articolo; non sarebbe però nullo il verbale (**). La inosservanza dell'art. 744 per fatto dell'usciere, la produzione per errore in una anzichè in altra cancelleria, non influendo sulla sostanza dell'atto, non sarebbe, io ritengo, caso di nullità; e si potrebbe sempre supplire con una produzione più regolare.

Articolo 748.

Quando negli immobili caduti nell'esecuzione si trovino mobili di spettanza della parte condannata, l'usciere ingiunge alla stessa, se presente, di esportarli immediatamente. Se rifiuti o non sia presente, l'usciere, previa la descrizione dei mobili, li fa trasportare nel luogo che creda più conveniente, nominando ai medesimi un custode, salvo che la parte istante consenta di custodirli; il tutto a spese della parte condannata.

Il processo verbale esprime quanto siasi operato in conformità di questo articolo, e deve sottoscriversi anche dal custode.

Articolo 749.

La disposizione dell'articolo precedente non si applica quando i mobili si trovino pignorati o sequestrati, ma la parte che ha chiesto il rilascio dell'immobile deve provvedersi davanti l'autorità giudiziaria competente per il pignoramento o sequestro.

Annotazioni.

1. Questi due articoli hanno un fine ben semplice: escludere dalla esecuzione le cose che non devono esserne colpite: ciò sono i mobili di proprietà della *parte condannata;* ed espellerli insieme col loro padrone dalla terra vietata, o affidarli ad un custode; non toccarli se vi sta sopra la mano dell'autorità giudiziaria, se sono in pignoramento o sequestro.

I mobili — immobili per destinazione — saranno o non saranno compresi nella esecuzione: in primo luogo, giusta le prescrizioni della sentenza; in secondo luogo, giusta le

(*) La verità *materiale* che non lascia più dubitare della verità *formale*.

(**) Quando si trattasse di discutere della nullità della notificazione in causa del termine, sarebbe per certo uno dei punti di contestazione la differenza che passa fra l'oggetto di questo termine, che è l'avviso di un fatto compiuto, e quello di una citazione che apprende al convenuto il modo di agire in propria difesa. La importanza del secondo appare più grave e più facile il riconoscervi mancare *l'essenziale dell'atto*.

norme del diritto, ove la sentenza non fosse esplicita in questa parte. Può variare il giudizio in quanto i mobili siano congiunti all'immobile o per fine *di servizio e coltivazione del fondo medesimo* (articolo 413 del Codice civile), o consegnati all'affittuario o colono per lo stesso oggetto (ivi); ovvero siano immobili *per destinazione del proprietario*, nel senso dell'articolo 419). Noi siamo in una combinazione giuridica che rende facile stabilire, che nei due primi casi la separazione viene ad effettuarsi senza il menomo sforzo e, come a dire, da sè, perchè la congiunzione non è che ideale, e sta finchè duri quello stato di cose per cui fu creata dalla previdenza dell'uomo. A chi appartengono quegli animali, quegli istrumenti, quelle granaglie e quei foraggi che servono alla coltivazione, alla vita agricola del fondo? È il proprietario che espelle il conduttore ch'ebbe tutto questo dal proprietario medesimo? O sono cose dell'affittuario, che ve le introdusse a quello stesso scopo? La questione dell'unione presuntiva di tali cose col fondo, o del contrario, è grave quando si tratta di una vendita del fondo, nella quale possono, per volontà dei contraenti, intendersi comprese. Ma una esecuzione è tale fatto che non permette una questione di volontà; o almeno non la permette all'usciere esecutore. E non si potrebbe aggiungere alla sentenza.

Altro è se i mobili sono annessi fisicamente e materialmente all'immobile, secondo la previsione dell'articolo 444 del Codice civile. Il separarli importa forza, rottura o deterioramento: basta che i mobili facciano corpo, per così esprimermi, coll'immobile perchè l'usciere non sia più autorizzato a distaccarneli. La destinazione è palese: ma l'usciere, rigido ufficiale che non opera che sulla materia, non si conduce coll'ideale della destinazione; se vi sarà controversia, sarà controversia di esecuzione. Ma quale potrà essere? Si dirà forse che non vi fu propriamente *destinazione di proprietario*, perchè chi introdusse quei quadri, quegli ornamenti nelle stanze, sino a incorporarli colle pareti, non fu che il sedicente proprietario, il detentore illegittimo, ora espulso? Ma la potenza dell'immobile li trae a sè: non resterà a chi ve gli ha posti che un'azione per averne un prezzo, se e come sia di ragione.

2. Ma l'articolo 749 suppone che i mobili siano proprietà del possessore espulso, e sotto pegno. Noi fingiamo adesso che si tratti di *consegna di mobili*, giusta il Capo I, e che i mobili, oggetto della esecuzione, si trovino oppignorati da un terzo. L'oppignorazione ha forse trasportato il possesso nell'oppignorante, il che gli varrebbe titolo, e con questo solo potrebbe respingere il rivendicante per quanto fondato in un precedente diritto di proprietà? La conseguenza non può ammettersi: il possesso continua nell'oppignorato, benchè vincolato e indisponibile; contuttociò la sentenza non è più eseguibile a fronte del qualunque diritto del terzo. Egli dovrà essere ammesso a dedurre le ragioni per cui reputa sostenibile la sua esecuzione. La questione va a porsi fra lui e il rivendicante, che secondo l'articolo 749 *deve provvedersi davanti l'autorità competente per il pignoramento o sequestro.*

Ritengo che le voci *pignoramento o sequestro* siano adoperate in forma di sinonimi, come già nell'articolo 75, e non facciano differenza nell'effetto (*). Fonte della competenza è quell'art. 570 che conosciamo molto bene. La distribuzione della competenza per valore è attestata dall'articolo 75. In questo caso è applicabile il n° 2 del detto articolo.

(*) Il Codice non usa mai che la voce *pignoramento* anche in fatto di somme e crediti; ma era impossibile rifiutare, per la naturale significazione, la voce *sequestro*, come si venne notando in più luoghi.

TITOLO V.

DELL'ARRESTO PERSONALE

CAPO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

Articolo 750.

Non può eseguirsi l'arresto personale, se non in forza di sentenza passata in giudicato, o della quale sia stata ordinata espressamente l'esecuzione provvisoria quanto all'arresto.

Il ricorso per cassazione e la domanda per rivocazione sospendono l'esecuzione dell'arresto, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria quanto all'arresto non ostante ricorso per cassazione, o domanda per rivocazione, e mediante cauzione.

Annotazioni.

1. **Generalità.**

L'*arresto personale* in materia penale, nell'ordinario suo uso, ha ragione di mezzo: privare di libertà la persona dell'accusato è porgere alla giustizia una guarentigia che le è necessaria: talvolta vale pena (*). In civile, l'arresto personale *è un modo di esecuzione:* un mezzo, come un altro, per costringere alla soddisfazione di un debito.

L'arresto personale non è una pena, ma ne produce gli effetti salutari, considerata nel suo primo stadio di minaccia. Il commerciante che vede dietro la cambiale la porta aperta di una prigione; colui che per fatti poco onesti incontra obbligazioni, all'inadempimento delle quali non potrà scusarlo l'impotenza e la povertà, si ferma innanzi a questa prospettiva, e riflette che gli costerà troppo caro il guadagno presente.

Nondimeno per tenere alla debita distanza la ingiunzione di una legge civile da una punizione penale, la materia venne a restringersi nel diritto civile per quel lungo e assiduo contrasto che mosse all'*arresto personale* la nuova civiltà che propugna la libertà individuale, in quanto la sua privazione non si presenti come una indeclinabile necessità sociale. Quanto più gli uomini si vengono illuminando sui proprii diritti, quanto più si apprendono le guarentigie che la legge civile offre nella trattazione degli affari, tanto meno è sentito il bisogno di confidare a questo mezzo ontoso e deplorabile, il buon esito degli affari medesimi. Il Codice napoletano e il Codice albertino, taccio degli altri, lo avevano prodigalizzato: uno dei pregii per cui va distinto il nuovo Codice italiano è lo avere ristrette le cause dell'arresto, e agevolati i modi della liberazione (Titolo XXVII del Libro III).

Non è del nostro istituto inoltrarci in questo esame, e analizzare il sistema del Codice civile. Noi vediamo *precettivo* l'arresto personale nell'articolo 2094; *facoltativo* nell'articolo 2095. Nondimeno non può dirsi a rigor di termini che l'arresto personale sia *ordinato dalla legge*, come si esprimeva il vecchio articolo 2099 del Codice albertino: esso è sempre ordinato dal giudice per istanza di parte, secondo la nuova espressione degli articoli 2093 e 2094 del nostro Codice. La quale espressione quantunque non abbia forse altro merito che di maggiore chiarezza, non lascia di avere una benefica

(*) Articolo 621 del Codice penale.

influenza, disponendo gli animi dei giudici a ben ponderare i requisiti del fatto che sono posti in singolare rilievo nei tre numeri del detto articolo 2094, senza preoccuparsi di una prescrizione indeclinabile della legge.

Ciò che più spetta al nostro argomento è il vedere come l'arresto personale mantenga il suo carattere di *atto di esecuzione*, sebbene *indiretto*, *afflittivo* e *preventivo*. Importa esplicare questi tre vocaboli che ne rappresentano la nozione con tutta esattezza.

È un mezzo *indiretto*. S'incarcera l'uomo perchè adempia alla sua obbligazione, perchè paghi il suo debito. Mettere la libertà dell'uomo al servigio di un credito civile, esorbita e non ha proporzione; puzza alquanto del privilegio antichissimo dei creditori e dell'esecrato dominio sulla persona del debitore, se non si tempera all'aspetto di un debito disonesto e quasi delittuoso; ad ogni modo non è da noi cancellare quest'ordinamento, ma spiegarlo. È dunque un mezzo *indiretto*, perchè non apprende le sostanze del debitore per cavarne quel costrutto che fornirà la materia del soddisfacimento: ma forza la persona a prestare il fatto per liberarsi da un male che le è inflitto. Si batte la persona per avere la cosa.

È un mezzo *afflittivo*, ed è facile il vederlo. Non è una pena, ma ne contiene le amarezze e i dolori: si presume che il modo di liberarsene stia in lui pagando il debito, senza la quale presunzione si pronuncierebbe una vera pena: ma in effetto la sua impotenza ben potrebb'essere reale, e la sofferenza prolungarsi sino alle proporzioni di una pena assai grave.

È *preventivo* nel senso che il pagamento del credito si aspetta come la conseguenza di questa specie di tormento che si fa subire alla persona; è una speranza che si attacca all'efficacia di questo medesimo tormento: quasi compulsoria delle facoltà occulte, delle risorse di credito che ancora rimangono al prigioniero, delle affezioni di coloro che si dolgono di vederlo soffrire.

Ecco cosa è l'arresto personale che segue le obbligazioni civili, per sè riprovevoli, ma che non ascendono sino al grado di reato. E tuttavia non perde il carattere di un mezzo di esecuzione.

Laonde deve sempre farsi largo all'uscita dal carcere mediante pagamento. Se non restasse questa uscita, *allora la nozione di penalità sarebbe decisa:* ciò che caratterizza la pena del reato è questo: ch'essa è assoluta, cade sopra un fatto commesso, e non precede una obbligazione da compiersi.

Che l'arresto personale non sia che una eccitatoria, un impulso al pagamento, nei tre numeri dell'art. 2094 è chiaramente scritto; meno si rileva nell'articolo 2095, ma a tutti è comune la disposizione dell'articolo 2104 che suggerisce i modi per esimersi dall'arresto, o liberarsene, pagando un quarto del debito, e presentando cauzione pel rimanente.

Deve per altro avvertirsi, che talvolta l'ordine dell'arresto personale prende una forma che molto tiene al carattere penale, perchè emanato in odio di persone che, vestite di pubblico ufficio, violano il loro dovere. Un esempio può vedersi nell'articolo 915. Ma carattere veramente di penalità non esiste. Senza dubbio il mezzo di coazione che si adopera in simili casi *procede dalla qualità della obbligazione* che si eleva ad una gravità non comune, attesa la condizione di chi deve prestarla; atteso il maggiore diritto che si ha di pretenderne esatta e pronta esecuzione; atteso il particolare ufficio dal quale il servizio emana. Queste circostanze si verificano nel disposto dell'articolo 915. Nondimeno quivi pure l'arresto personale si pronuncia *non in pena di aver fatto* o *di non avere fatto una cosa, ma per costringere a farla.* Il funzionario, *se spedirà la copia* che gli si richiede, sarà fuori d'impegno. Quindi io non dubito che non sia necessario il precetto, posto eziandio che un termine sia assegnato dal tribunale, come dirò all'articolo seguente.

2. Una nuova mitigazione di rigore si ravvisa nell'articolo 750 della procedura. I termini costituiti a valersi dei mezzi di rivocazione o cassazione, sono sospensivi dell'arresto personale (*). Ma si è conservata nei giudici la facoltà di ordinare la *esecuzione provvisoria* della propria sentenza anche quanto all'arresto personale, sicchè il beneficio accordato al debitore quasi si dilegua; la prolissità dei termini sospensivi può essere anche stimolo ai giudici per non trascurare l'esercizio della importante facoltà di cui sono investiti.

Per altro due condizioni si esigono: 1° che il magistrato d'appello (**) esprima quella clausola, sicchè dove dell'uno o dell'altro rimedio

(*) Ho dovere di modificare ciò che dissi sull'articolo 520. Dell'articolo 309, che ha una disposizione simile, avevo già parlato. Un egregio giureconsulto si compiacque d'avvertirmi che io non avevo posto mente all'articolo 750. È vero; ed io gli sono grato dell'ammonizione.

(**) Poichè la *rivocazione* o *cassazione* si richiede dalle sentenze pronunziate in grado d'appello (art. 494 e 517).

Digitized by Google

la menzione mancasse, il ricorso sarebbe sospensivo; 2° che il creditore fornisca cauzione. A che mira la cauzione? Ad assicurare il risarcimento dei danni che consegue dalla nullità dell'arresto.

Havvi regola per determinare i casi in cui è permessa la esecuzione provvisoria delle sentenze che pronunciano l'arresto personale?

Nessuna regola positiva. Le specificazioni dell'articolo 363 non ci riguardano. L'istanza per l'esecuzione provvisoria reputo necessaria, ma del resto non si può nulla dedurre dall'articolo 363. Non potendo i giudici prescindere dalla materia prescritta nel Codice civile, nè mai applicare l'arresto ad altri soggetti, bisogna però concludere che da essi dipende il determinare le circostanze imperiose, urgenti, gravissime, onde si giustifica l'ordine dell'esecuzione provvisoria; sulla quale determinazione potranno altresì influire considerazioni generali dedotte dalla qualità dei giudizi, e accenno ai titoli commerciali; per i quali d'altra parte esistono particolari disposizioni, come noterò più avanti.

Articolo 751.

Nel precetto per l'esecuzione personale deve farsi l'intimazione alla parte condannata di adempiere nei giorni dieci successivi quanto ha ordinato la sentenza, e l'avvertimento che, in difetto, si procederà all'arresto.

Annotazioni.

Il precetto deve contenere i requisiti ordinati dall'articolo 563. Il primo capoverso di questo articolo dichiara il luogo del domicilio anche in caso di arresto personale.

Il precetto è sempre necessario. Non vi è formalità che non sia sacra in questa terribile materia dell'arresto personale. Non potrebbe avere applicazione di sorta l'articolo 563, che *parla della consegna di mobili e d'immobili*: ed esclude ogni altro caso. Ammetto in tutto l'applicazione degli articoli 566 e 579.

Che diremo dell'articolo 580? *L'opposizione al precetto sarà sospensiva* contro ciò che è sancito in quell'articolo, e senza frattanto adempiere alla seconda parte di esso? (*V.* l'articolo 580). Ma noi siamo sempre sotto la pressione di un giudicato, bisogna ricordarlo; di un giudicato, ad impugnare il quale ogni termine è trascorso; o che, per urgenza di circostanze, decretò la esecuzione provvisoria. Tutto ciò si porge quale dubbio gravissimo: nondimeno il dubbio ci deve bastare per attribuire alla opposizione virtù sospensiva. Noi abbiamo visto che in fatto di esecuzione mobiliare la opposizione non sospende (art. 580), ma sospende in fatto di esecuzione immobiliare (articolo 660); e dove ne va la libertà della persona, non crederei che l'affare fosse meno grave di questo.

Avverto però che ove l'esecuzione provvisoria venisse decretata, *nonostante opposizione*, si dovrebbe concludere in opposto; poichè veramente vi hanno tali casi, in tema commerciale principalmente, che non può essere nello spirito della legge l'accordare una sospensione, che priverebbe la sentenza di quella efficacia che è propria della sua natura.

CAPO II.

DELL'ESECUZIONE DELL'ARRESTO

Articolo 752.

L'arresto si eseguisce da un usciere munito di mandato speciale per quest'oggetto della parte istante, assistito da due testimoni a norma dell'articolo 594.

Annotazioni.

Per la semplicità di questo dettato potrebbe ritenersi che l'arresto della persona potesse farsi bruscamente dall'usciere, e senza nè ingiunzione al debitore, nè ostensione della sen-

tenza e del mandato di cui l'usciere dev'essere munito. La giurisprudenza francese tiene che l'usciere deve mostrare il suo mandato, se il debitore lo richiede (DALLOZ, *Contrainte par corps*, n° 796 a 798). La Corte di Genova in una sentenza del 1° giugno 1853 (BETTINI, t. II, pag. 457) che, per quanto io sappia, non fu censurata, giudicò essere *di sostanza dell'atto* il doversi dall'usciere spiegare all'arrestando l'*ordine d'arresto* e il *mandato di commissione*. Egli è vero che in questo giudizio della Corte influì principalmente il R. Decreto del 3 febbraio 1849, che è in vita oggidì: nonostante per ciò che riguarda la ingiunzione di pagare, che vediamo anche prescritta in casi meno gravi (art. 742), deve ritenersi, come disse la Corte di Genova, cosa di sostanza e indispensabile, e dovrà farsene menzione nel verbale.

Articolo 753.

L'arresto non può eseguirsi:

1° Nelle ore in cui non è permesso agli uscieri di fare gli atti del loro ministero;

2° Nei giorni di festa;

3° Nei luoghi destinati al culto, durante le funzioni religiose;

4° Nei luoghi delle adunanze di pubbliche autorità, durante il tempo di tali adunanze;

5° Nei casi in cui il debitore, trovandosi sotto le armi, adempie un servizio comandato;

6° Nella casa di abitazione del debitore o in qualunque altra, senza speciale permissione in iscritto del presidente del tribunale civile, o del pretore nella cui giurisdizione si deve procedere all'arresto.

Annotazioni.

Al numero 1°.

Ne abbiamo la spiegazione nell'articolo 62.

Al numero 3°.

Durante le funzioni religiose. Non è dunque immune il luogo sacro, ma solo eccettuato il tempo delle funzioni, certo per non turbare le pie cerimonie e portare il tumulto in mezzo al raccoglimento dei fedeli: e si deve intendere di ogni culto riconosciuto, quantunque questa voce tenga in certo modo della significazione cattolica per lo riverbero dell'art. 1° dello Statuto. L'articolo 781 del Codice di procedura francese è più ossequioso alla religione. Esso eccettua *les édifices consacrés au culte*. Ci sia almeno concesso di dividere il voto di CARRÉ: « Nous voudrions de moins (car le « respect dû au lieu saint doit être concilié « avec la nécessité d'exécuter la loi) que des « mesures fussent prises de manière à ce qu'on « fût assuré que le temple fût absolument de« sert, pour que l'on pût arrêter la seule per« sonne qui s'y trouverait non pour acquitter « un devoir réligieux, mais pour se soustraire « à l'exécution ordonnée contr'elle ».

Ma questo è un pio desiderio. La legge non lo impone: non si vuole diritto di asilo, la legge penetra anche nei templi in ogni altro momento fuori dell'esercizio del culto, di quell'esercizio che invita ad assistervi un certo numero di devoti. Onde sebbene la Corte di cassazione francese (9 ottobre 1824, *Journal du Palais*, tom. XVIII, pag. 1050) stimasse di porre fra le funzioni religiose la *confessione*, tale decisione è riprovata dal CHAUVEAU, da lui limitata al caso che il debitore non fosse lo stesso penitente. Ma ciò è triste a dirsi! Con piacere mi associo ad una opinione del THOMINE, che anche durante l'esercizio del culto *esteriore* (fuori del tempio, in una processione, accompagnando un convoglio funebre) la persona del debitore debba essere rispettata se non altro per rispetto della funzione e degli altri che vi stanno raccolti intorno (THOMINE, t. II, p. 358; CARRÉ, quest. 356 e 2642).

Al numero 4°.

Per adunanze di pubbliche autorità intendiamo « ogni assemblea ed ogni persona investita di pubblica autorità » (BOITARD, all'articolo 781 del Codice francese). Onde vi si comprende la sala ove siede il tribunale, ove il Consiglio comunale, ove si fanno le elezioni, o sono adunanze di popolo politicamente permesse. E ciò diciamo anche dei luoghi annessi

in immediata comunicazione, o contermini, al servizio del Corpo o dell'assemblea, e quasi un'estensione della sala. Gli uffizi interni, le cancellerie, ecc., non sono contemplate in questa limitazione; sono esclusi i luoghi circostanti, sebbene contenuti nell'edificio, i transiti, i corridoi, le scale; perchè, lo ripeto, non vi è propriamente immunità di luoghi, nè diritto di asilo (*).

Niun dubbio che un commerciante non possa essere arrestato alla Borsa. Questo punto fu già discusso negli studii preliminari della legislazione francese, e la storia del Codice di procedura civile ricorda che l'articolo 792 del progetto (che fu poi l'articolo 781 del Codice) proponeva il divieto dell'arresto *pendant la tenue des Bourses;* ma per osservazioni del tribunato la clausola venne soppressa.

Al numero 5°.

E il pubblico funzionario nell'esercizio delle sue funzioni potrà essere arrestato? Un professore sulla sua cattedra? Un cancelliere mentre redige gli atti del suo ufficio, o assiste a una operazione giudiziale; un giudice delegato mentre esamina dei testimonii?

In questo rapporto dell'arresto personale le idee si sono venute modificando col tempo e coi progressi legislativi in una maniera singolare e meritevole d'attenzione. In antico il diritto di arresto era assai più esteso, ma di molto si restringeva nell'esercizio pratico; immunità di luoghi, immunità di persone, specialità di circostanze, rispetti di condizioni e di tempi. La materia dell'arresto si andò rinserrando mano mano che si è progredito: voci eloquenti e inspirate da sensi di umanità ne fecero una questione di principio: ma una volta ritenuto e stanziato per legge l'arresto personale in materia civile, si disse che doveva essere eseguito come ogni altra legge, per quanto severa, liberamente, senz'altro riguardo che di *cansare i pericoli di offendere l'ordine pubblico*, alla tutela del quale sono intesi i numeri 3°, 4° e 5° del presente articolo.

Secondo lo spirito che discende, si direbbe, dalla storia ideale di questo istituto, una estensione si può permettere nel punto di vista dell'ordine pubblico, in quanto possa esser turbato da una esecuzione personale, ma in ciò che concerne la persona bisogna andar cautamente per non creare la eccezione e il privilegio. Arrestare un professore insegnante, un giudice esaminante dei testimonii, si può, quanto alla persona: ma nell'atto dell'ufficio si oppone l'interesse pubblico, che soffre nella sua interruzione; e lo spettacolo indecente che denigra le nobili funzioni della scienza e della giustizia, e può eccitare disordini materiali che bisogna evitare. Ecco il confine dell'esercizio di questa esecuzione (*V.* BOITARD, all'articolo 782, n° 1051). La parola della nostra legge non va sin là: ma la legge francese è anche più chiusa, nonostante il principio che *un interesse privato non può permettersi di offendere e violare un servizio pubblico*, era accettato come una verità (PARDESSUS, PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 272; CARRÉ, THOMINE, tom. II, pag. 357).

Quanto al militare, la legge non ammette dubbii: egli sfugge al rostro dell'usciere in quel tempo nel quale *trovandosi sotto le armi, adempie a un servizio comandato* (**), non più oltre. Del resto l'appartenere al servizio attivo non basta; non basta il far parte di un corpo che si trovi sotto le armi, s'egli stesso, il debitore, non esercita in quel momento una funzione militare. La stessa legge militare suole sdegnare uomini che si sono esposti a sì umiliante condizione, e li respinge. Ciò è nell'interesse della legge, ma eziandio della disciplina e dell'onor militare. La Convenzione nazionale si pronunciò altamente in questo senso nel Decreto del 24 di messidoro, e nell'altro del 7 di termidoro, anno VIII, rapporto ai coscritti; più aperto ancora il Regolamento dell'8 luglio 1861, articolo 65. Tutto ciò per altro deve dirsi in tempo di pace; altro è in tempo di guerra, e a questo provveggono le leggi di guerra (***).

Al numero 6°.

In altri Codici, come in quelli di Francia, di Napoli (che fu), di Ginevra, si richiede l'assistenza di un magistrato; noi non abbiamo adottato quel sistema; e non per menomare una guarentigia della libertà individuale, ma perchè si è creduto sufficientemente provveduto

(*) Alla voce *enceinte*, usata dall'articolo 4°, titolo 3° della Legge 15 germinale, anno VI, fu sostituita la parola *lieu de séances* del Codice francese.

(**) Discutendosi il progetto del Codice sardo, pubblicato nel 1854, nel relativo articolo non si leggevano che le parole: *adempia a un servizio militare*, al quale furono sostituite dalla Commissione della Camera le altre: *ad un servizio comandato*, onde pareggiare la milizia nazionale all'esercito.

(***) Che un giurato non possa essere arrestato per debiti civili nell'esercizio delle sue funzioni, non ha bisogno di prova; ma lo potrà essere durante il corso della causa alla quale presta servizio, se la causa, come avviene, si prolunghi per più giorni? La risposta affermativa è certa: la funzione pubblica non è turbata, ed altro non si ricerca; la persona del giurato sarebbe impedita, come per un'altra causa qualunque: del resto il giurato supplente prende il suo luogo.

Digitized by Google

all'inviolabilità del domicilio coll'autorizzazione del magistrato senza la sua presenza, e quanto all'effetto si è avuto maggior fede nell'ufficiale esecutore. Tutto ciò concerne il *modo* della esecuzione; quanto al tempo resta fermo il disposto del numero 1° di questo articolo.

Per *maison quelconque* i giurisperiti francesi intendono eziandio quelle case o luoghi pubblici che si chiamano alberghi, trattorie, caffè e simili (DALLOZ, *Contrainte par corps*, n° 822 a 826).

Articolo 754.

Non può parimente eseguirsi l'arresto quando il debitore, chiamato a deporre come testimone davanti un'autorità giudiziaria, sia munito di salvocondotto.

Il salvocondotto è accordato dal presidente della corte o del tribunale, davanti cui il debitore è chiamato a deporre; se sia chiamato a deporre davanti un giudice delegato, o un pretore, il salvocondotto è accordato da questo.

Nel salvocondotto è stabilita la durata di esso, la quale non deve eccedere il tempo necessario per l'andata, l'esame e il ritorno.

Annotazioni.

1. Il salvocondotto è domandato da quel litigante che stimò necessario l'esame di un testimonio che non può girare liberamente, perchè minacciato d'arresto: e si accorda sulla stragiudiziale istanza di lui dal magistrato preposto all'esame.

Giusta il Codice di procedura francese (articolo 783) dev'essere sentito il ministero pubblico.

Nelle cause penali il salvocondotto si accorda al testimonio contro il quale pende mandato di arresto per debiti; la concessione è regolata dall'articolo 164 del Codice di procedura penale.

L'articolo 580 del Codice di commercio dichiara il modo con cui si accorda il salvocondotto al fallito.

2. Il salvocondotto è una sospensione momentanea dei diritti della giustizia privata in servizio della giustizia pubblica. Ha le sue regole, le sue forme, il suo tempo prescritto. Il salvocondotto nullo, perchè non accordato da magistrato competente, protegge tuttavia il debitore di buona fede che parte da un luogo sicuro, e si espone all'incomodo di un viaggio, e non nell'interesse suo proprio, ma in quello della giustizia e della verità?

Il CARRÉ, con un sentimento di umanità che gli fa onore, ha detto, che non essendosi dichiarato dalla legge che un salvocondotto irregolare sarebbe senza effetto, si deve prendere la interpretazione più benigna, quella che è favorevole alla libertà. A sostegno di quest'opinione si può aggiungere, che non è lo stesso debitore che si è procurato quell'atto; che a lui poco importa il fare da testimonio; che della irregolarità non sarebbe imputabile, ma piuttosto colui che lo domandò per comodo della propria difesa.

Il DALLOZ distinguerebbe fra irregolarità rilevanti e fra irregolarità meno rilevanti: CHAUVEAU dice di non comprendere tale distinzione, e neppur lo la comprendo (q. 2636). Pensa questo autore che l'arresto sarebbe valido, data la nullità del salvocondotto (non accordato, per esempio, da giudice competente), non altrimenti che se fosse spirato il tempo. MERLIN esamina alcune specie, e sembra anche mettere in rilievo la differenza che passa fra il salvocondotto dal debitore ricercato e portato nell'interesse proprio, e quello procuratogli da altri per indurlo all'esame come testimonio (*Répertoire*, v° Salvocondotto, n° 4). Nonostante, le sue conclusioni non discordano da quelle di CHAVEAU; e altri scrittori, quali BERRIAT, THOMINE, ecc., adottano l'opinione più severa, ma che infine è la sola legale. La difficoltà sparisce solo che la questione si osservi dal lato del creditore. Egli dirà che il debitore non è munito di salvocondotto, perchè se è nullo, salvocondotto non esiste. Io trovo che per evitare una disastrosa conseguenza, larga via si aprirebbe agli abusi!

Il salvocondotto è nullo se non è espresso il tempo della sua durata; è nullo per eccesso di potere, perchè niun giudice è facoltizzato a rilasciare un salvocondotto a termine indefinito (PARDESSUS, t. v, pag. 276). Ma la legge non solo richiede l'espressione del tempo, ma ingiunge *non doversi eccedere il tempo necessario per l'andata, l'esame e il ritorno.*

Prima questione: *è nullo il salvocondotto se eccede il tempo necessario?* Seconda: è nullo *assolutamente, o solo pel tempo eccedente?*

Nell'articolo 782 del Codice di procedura francese è scritto che il tempo della durata deve esprimersi *sotto pena di nullità*. La stessa comminatoria non è scritta nella nostra legge, nondimeno da questo lato crediamo non potersi altrimenti concludere, come testè si è detto. Se il tempo eccede, il salvocondotto è valido; solo la seconda questione è possibile. Ma come si misura il *tempo necessario?* Anche qui il Codice francese è più esplicito; l'articolo 782 assicura il giorno per comparire, quelli che occorrono per andare e venire, secondo la distanza. Io che non convengo sulla nullità del salvocondotto, non posso ammetterla, neppure in parte. Il creditore potrà reclamare e far sì che il tempo si restringa: ma il debitore sotto la fede di un salvocondotto da competente giudice accordato, non potrà essere arrestato, e ciò dico malgrado qualche avviso contrario (CHAUVEAU, quest. 2659, non concorda col CARRÉ), peccante, secondo me, di soverchio rigore.

Articolo 755.

Quando il debitore arrestato chieda di essere sentito prima che sia condotto nel luogo dell'arresto, l'usciere deve accompagnarlo immediatamente davanti il pretore del mandamento in cui si trova, se il debito non ecceda lire millecinquecento, o davanti il presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione è seguito l'arresto, se ecceda la detta somma. Il pretore o il presidente provvede sull'istanza verbale del debitore.

Se il pretore o il presidente non si trovi al luogo delle udienze, il debitore è condotto in casa del medesimo.

Il decreto del pretore o del presidente può essere emanato senza l'assistenza del cancelliere; è scritto nel processo verbale indicato nell'articolo 758, e immediatamente eseguito.

Articolo 756.

L'usciere, che ricusi di accompagnare il debitore davanti il pretore o il presidente, incorre in una multa non minore di lire trecento, estendibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Il pretore o il presidente provvede sulla istanza verbale del debitore.* Va bene. Ma su che provvede? Quali sono le sue facoltà?

Questo stesso silenzio della legge può far credere che le facoltà dal magistrato invocate a salvamento nella stretta di un tanto pericolo, siano illimitate.

Tutto ciò che riguarda l'*antea* della sentenza, le cause del debito, le ragioni del giudicare, sono necessariamente fuori dell'esame del magistrato. Ma le sue facoltà possono così riassumersi. Egli esamina: 1° la qualità del titolo, se contenga l'ordine d'arresto, e se con riserve e condizioni; 2° la sua eseguibilità, il tempo, le forme estrinseche dell'atto; 3° le facoltà di cui è munito l'usciere; 4° le prove che l'arrestato sia per esibirgli di pagamenti eseguiti dopo la sentenza, anche parziali. Ritengo che fra le prove del pagamento siano da comprendersi quelle di una compensazione abbastanza dimostrata: se, per esempio, il debitore abbia intanto acquistato un credito per fitti o per altri titoli manifesti di credito certo, posteriori alla cosa giudicata, o almeno non dedotti in giudizio; 5° se abbia in mano promesse di dilazione, o fatti di transazione col creditore.

Non porterei più oltre le facoltà già molto estese del magistrato. Non ammetterei, come alcuno crede (CHAUVEAU, quest. 2678), di potere occuparsi della incompetenza più o meno assoluta del giudice che pronunciò la sentenza passata in giudicato. Ciò sarebbe eccessivo e sovversivo degli ordini della competenza: sarebbe una cosa senza regola e senza termine. Come mai si potrebbe metter mano nella cosa giudicata? Quale rispetto merita una tale decisione? E tanta facoltà sarebbe da concedersi al pretore o al presidente, *inaudita parte*, e colla certezza che la sua risoluzione sarebbe annullata?

2. Il decreto del pretore o del presidente, se favorevole al debitore, non porta che la sospensione dell'arresto: *un provvedimento*

transitorio. Il creditore, com'è dell'indole di tali decreti, potrà ricorrere allo stesso pretore in via contenziosa, o al tribunale, e sarà poi luogo all'appellazione nei termini dell'art. 777.

3. L'usciere che nega di prestarsi alla domanda del debitore, è percosso da una pena abbastanza forte (articolo 756, per non doversi credere ch'egli si presterà di buon grado. La legge però non ci dice in qual modo si proverà il rifiuto. CARRÉ e DELAPORTE suggeriscono di invocare il ministero di un altro usciere, che ne attesti. È forse più facile l'appellarsi ai testimonii che devono trovarsi presenti, secondo il prescritto dell'articolo 752. Si consiglia ancora all'arrestato di ripetere le sue proteste appena entrato nello stabilimento carcerario al custode al quale verrà consegnato.

Articolo 757.

Quando il debitore non domandi di essere sentito, o il pretore o il presidente ordini che l'arresto abbia effetto, il debitore è condotto al luogo destinato per l'arresto nel comune, e, in difetto, a quello del comune più vicino.

Il luogo destinato all'arresto dei debitori deve essere separato da quello in cui sono i detenuti per reato.

Chiunque conduca, riceva, o ritenga il debitore in luogo di detenzione, che non sia a ciò legalmente destinato, è punito come reo di detenzione illegale.

Annotazioni.

Si è fatta questione se la esecuzione sarebbe nulla, qualora, in difetto di luogo carcerario nel comune, *l'arrestato non fosse condotto in altro più vicino.*

Sotto la generale comminatoria dell'articolo 762, per noi non è materia di dubbio. Così pensava anche il CHAUVEAU, malgrado non esista nella legge francese disposizione di nullità. « L'incarceration d'un débiteur, egli di« ceva, dans la maison d'arrêt *la plus rappro« chée de son domicile*, est un droit qui peut « lui être utile, et dont il ne saurait être arbi« trairement dépouillé ». A rigore non potrebb'essere temporariamente l'arrestato deposto in una casa qualunque, suppongasi, per passarvi la notte: la legge delicatamente procedendo in questo còmpito la cui durezza non può dissimularsi, vorrebbe risparmiata ogni umiliazione non necessaria. Qualche tribunale ha proferita in questo caso la nullità (Corte di Bordeaux, 17 aprile 1816, *Journal Ar.*, t. VIII, pag. 597). Tuttavia non si può far contrasto alla necessità delle cose. Se l'ora fosse già tarda, se parte del giorno si fosse spesa nella udienza del magistrato, non si dovrebbe poi venire a tanto da pronunciare la nullità della esecuzione per un avvenimento non contemplato dalla legge, e non abusivo.

Articolo 758.

L'usciere fa risultare dell'arresto e della consegna del debitore al custode da processo verbale, il quale deve contenere:

1° L'indicazione del giorno, mese, dell'anno e del luogo in cui è fatto il processo verbale;

2° Il nome e cognome del creditore, e la dichiarazione o elezione di domicilio, o di residenza fatta dal medesimo, a norma dell'articolo 563, nel comune in cui il debitore è detenuto;

3° Il nome, cognome e la residenza del debitore arrestato;

4° La data della sentenza che ha autorizzato l'arresto, e la data della spedizione di essa in forma esecutiva, con l'indicazione dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata, e della somma per cui si procede:

5° La data del precetto;

6° La data del mandato speciale, richiesto dall'articolo 752, coll'indicazione del nome del notaro che lo ha ricevuto o autenticato;

7° La data della permissione concessa nel caso indicato nel numero 6° dell'articolo 753;

8° La menzione del deposito della somma anticipata per gli alimenti, a norma dell'articolo 761;

9° Il nome e cognome del custode a cui si consegna il debitore arrestato;

10° Il nome e cognome, l'età, la condizione e la residenza dei testimoni intervenuti;

11° Il nome e cognome dell'usciere coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto.

Articolo 759.

Una copia del processo verbale è consegnata al debitore e un'altra al custode. Tanto l'originale quanto le copie sono sottoscritte dai testimoni, dall'usciere e dal custode.

La firma del custode apposta al processo verbale serve di ricevuta del deposito per gli alimenti.

La copia del processo verbale consegnata al custode tien luogo di atto di consegna del debitore.

Annotazioni.

1. Le disposizioni così accurate di codesti due articoli costituiscono un complesso; gli atti che prescrivono, enunciano e accertano il concorso di tutte le condizioni necessarie a verificare l'arresto legittimo e il compimento della grave operazione colla consegna della persona nella podestà del carceriere. L'usciere così ha terminato l'ufficio suo, e quello dell'altro comincia.

Nel regolamento francese non è bene spiegato che all'usciere appartenga la redazione di quello che chiamano *écrou*, atto di carceramento del debitore. I nostri legislatori pensarono meglio, considerandolo come funzione dello stesso uffiziale esecutore, la cui opera viene a far capo, e si scarica, per così esprimermi, in quella del carceriere che si sottoscrive al verbale.

2. La consegna della persona che l'usciere fa al custode della prigione, è il fine necessario della sua operazione; quindi tale facoltà è inclusa nel suo mandato senza d'uopo che vi sia espressa.

3. Risulta chiaramente dalla introduzione dell'articolo 758 che il processo verbale si fa in carcere, dopo la consegna cioè dell'arrestato. È un atto che non può esser ritardato. Perciò la indispensabile menzione del num. 1°. Nessun atto posteriore potrebbe coprire questa nullità (PIGEAU, *Comment.*, t. II, pag. 473; THOMINE, tom. II, pag. 368). Lo stesso consenso del debitore sarebbe inefficace.

4. *Se la copia consegnata al debitore* (articolo 759) *inchiude qualche differenza rilevante dall'originale, sarà nulla l'esecuzione?*

Parve al CARRÉ questo essere il caso di fare una modificazione al principio, che qualvolta la legge ordina la consegna di una copia dell'atto all'intimato, questa debba esser conforme all'originale, onde possa dirsi adempito allo scopo della legge. Crede il benemerito scrittore che, stando fermo presso il carceriere l'originale autentico, che può sempre consultarsi, non abbia a procedersi col solito rigore. Non buona occasione colse il CARRÉ per mitigare il rigore del principio; qui dove tutte le formalità sono sacramentali. Osservò bene in contrario il CHAUVEAU, la cui opinione io adotto, che se la legge avesse creduto bastante che si potesse attingere all'originale, non avrebbe prescritta la consegna della copia (quest. 2692). Noi abbiamo poi formidabile, poco più avanti, la sanzione dell'art. 762 (*).

Articolo 760.

L'usciere che consegna il debitore al custode deve presentargli la copia esecu-

(*) Quindi non si può transigere sulle nullità generali.

tiva della sentenza che ha ordinato l'arresto. La sentenza è trascritta per intiero in registro apposito dal custode, il quale vi inserisce la copia del processo verbale consegnatagli a norma dell'articolo precedente.

Articolo 761.

Il creditore è obbligato ad anticipare la spesa degli alimenti del debitore per lo spazio di giorni trenta; potrà anche anticiparli per più periodi successivi di giorni trenta ciascuno.

La somma da anticiparsi per gli alimenti è determinata dai regolamenti e consegnata al custode.

Annotazioni.

1. *Del periodo alimentario.*

Bisogna fissare il momento dell'ingresso nel carcere. Da quel momento corrono i trenta giorni, che chiameremo periodo alimentario. Ebbene: come il processo verbale è compito e ritirato dal custode della prigione, si verifica l'ingresso legale del debitore nel carcere. La consegna degli alimenti è contemporanea. Questo punto regola il ciclo o rinnovamento dei periodi successivi. Si ritiene compito al debito della rinnovazione anticipata e periodica, consegnando l'importo degli alimenti *prima che suoni l'ora* che corrisponde all'ingresso nel carcere, ossia dalla formazione del verbale di consegna. Vi ha chi crede doversi presentare non più tardi della prima ora del giorno in cui è seguita la carcerazione (SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, tab. 141, col. 2ª, n° 61) (*).

Questa dottrina deve accettarsi, anzi è la sola accettabile, dove non s'indica l'ora della carcerazione, che in verità dovrebbe esserlo ed è una delle rubriche del formulario di carcere; ma non è prescritta dalla legge di procedura (articolo 758, n° 1).

2. *Se la consegna della somma per gli alimenti debba esser fatta dallo stesso creditore o da suo mandatario speciale.*

Il primo pagamento è fatto dall'usciere, ed è inerente alla sua commissione. Il creditore può eseguirlo di persona: quanto ai periodi successivi la legge non impone con parole espresse che il creditore stesso, o altri per lui specialmente autorizzato, anticipi la somma (articolo 774). La giurisprudenza francese largheggia oltremodo; non solo permettendo al terzo di fare il pagamento in nome e per l'interesse del creditore, quale un *negotiorum gestor*, ma anche senza enunciare nè questo nome nè questo interesse (CHAUVEAU, questione 2693 ter). Egli disapprova quest'ultima risoluzione; ma trova abbastanza ragionevole la prima; *perchè l'obbligazione non è esclusivamente attaccata alla persona del creditore*; perchè si tratta *di un atto conservatorio*, che un terzo può benissimo fare nell'interesse e per conto di un altro. Non divido l'opinione dell'illustre autore. Se il creditore stesso o un suo speciale procuratore non adempie questa che è una rigorosa prescrizione della legge, è legittimo dedurne ch'esso ha rinunziato alla detenzione del debitore: ed essendo possibile che il terzo si surroghi arbitrariamente al creditore per prolungarla forse per fini suoi proprii, ciò basta onde non dipenda dal fatto di un terzo protrarre la liberazione del debitore. Male quindi, a mio avviso, si è detto *non essere obbligazione attaccata alla persona del creditore:* forse peggio trattarsi *di un atto conservatorio.* È della natura dell'atto conservatorio prevenire un danno, ovviare a un pericolo senza pregiudicare diritti acquistati; ma qui invece si tratterebbe di privare il carcerato del diritto acquistato alla sua liberazione.

3. La dichiarazione del debitore di non volere alcuna somministrazione per alimenti, non franca il creditore dall'obbligo suo. La legislazione francese anteriore al Codice di procedura lo permetteva: il silenzio del Codice era divieto. Nelle discussioni preliminari del Codice di Ginevra fu proposto dalla Commissione al Consiglio rappresentativo la riproduzione dell'antico sistema francese; ma la proposta venne respinta, per la ragione principalmente che il creditore avrebbe potuto abusarne, e così protrarre più oltre che non avrebbe fatto la prigionia del debitore.

(*) La Corte di Genova, 8 gennaio 1855, disse che la somma può essere pagata *anche nell'ultima ora del giorno precedente a quello in cui comincia il mese* (*Gazzetta dei tribunali*, 1856, pag. 539).

Articolo 762.

Le disposizioni contenute in questo capo e nel precedente devono osservarsi sotto pena di nullità.

CAPO III.

DELLA CONFERMA IN ARRESTO SULL'ISTANZA DI ALTRI CREDITORI

Articolo 763.

Il debitore può essere confermato in arresto sull'istanza di altro creditore, in forza di altra sentenza di condanna.

La conferma in arresto può altresì aver luogo quando il debitore si trovi in carcere per reato, nel qual caso l'arresto comincia col giorno in cui sia scontata la pena del reato.

Articolo 764.

Per la conferma in arresto del debitore si devono osservare le formalità stabilite nel capo precedente per l'arresto, sotto pena di nullità.

Per quest'atto non è necessaria l'assistenza dei testimoni, e il nuovo istante è dispensato dal deposito per gli alimenti, se questo sia stato fatto da altro creditore.

Quando il debitore si trovi in carcere per reato, basta che il deposito sia fatto prima che sia scontata la pena del reato.

Annotazioni.

1. La *conferma* dell'arresto è l'arresto per conto di un altro creditore che, dispensato dalla condizione stessa delle cose da alcune formalità, in tutto il resto deve adempirle (*V.* anche le ANNOTAZIONI all'articolo 765).

L'usciere, portante la sentenza che pronunciò l'arresto ed il mandato speciale, va da solo alle carceri, e dal custode si fa presentare alla persona del debitore, a cui dichiara la missione di cui è incaricato, gli ordina di pagare, e gli espone gli atti di cui è portatore. Questo presentarsi dell'usciere alla persona del debitore, è cosa essenziale. Si è fatto dagli autori il caso, che il carcerato non voglia ricevere l'usciere; e si è disputato della validità o invalidità dell'atto fatto fuori della presenza del debitore che, invitato, non vuol comparire (COIN-DELISLE, *Comment.*, pag. 60; DEMIAU, pag. 481; CARRÉ in CHAUVEAU, quest. 2701). Ma si è supposto ciò che è fuor dei possibile; un carcerato può sempre visitarsi: s'egli si ostina a non uscire dalla cella per venire nella sala comune, l'usciere vi andrà, comunicherà con lui: risposta non occorre. Ma non si può concedere che, al rifiuto del carcerato di recarsi egli stesso alla presenza dell'usciere, basti lasciare la copia del verbale al custode e intendersi con lui.

Il processo verbale è redatto colla stessa cura, colle stesse forme di ogni altro verbale (articolo 764), fatte le menzioni particolari che il caso richiede.

Ma esiste forse un precetto perchè abbia a farsi menzione della sua data? (articolo 758, n° 5).

Sì: il precetto è necessario. La legge ordinando la ripetizione di tutte le formalità (che la posizione attuale del debitore non rende incompatibili) fa chiara la sua volontà. Se la conferma in arresto è un vero arresto, il debitore dev'essere prevenuto di questo nuovo flagello che lo minaccia: egli potrebbe anche provvedere. Tanto più si può credere che lo potrebbe se la sua prigionia non procede da

altri debiti, ma da reato (*); ipotesi che troviamo antiveduta in questa legge; e ad ogni modo la sentenza d'arresto non sarebbe eseguibile.

Soltanto la menzione prescritta dal n° 10 dell'articolo 758 va omessa: può omettersi quella del n° 8, in corrispondenza dei disposti degli articoli 764 e 765.

2. Non potranno avere la loro applicazione materiale gli articoli 755 e 756; e ognuno l'intende. Ma la condizione del povero debitore è aggravata: s'egli potesse conferire col magistrato, per avventura sarebbe sciolto da questa nuova ingiunzione, che protrae la sua cattività: perchè privarlo di tal beneficio?

Le opinioni si dividono. Boitard crede cessata la ragione del beneficio. Il debitore caduto nelle mani dell'usciere, non ancora carcerato, può ottenere, egli dice, dalla giusta protezione del magistrato di liberarsene, e così tornare alla sua casa e ai proprii affari, evitando la carcere, almeno per un certo tempo. Ma costui è già in prigione per altra causa; se sarà corsa irregolarità od errore, si varrà del suo diritto, farà annullare l'esecuzione (all'articolo 794 del Codice francese, numero 1060).

In opposto, osserva il Carré che il debitore detenuto ha lo stesso interesse; l'interesse della sua libertà, se non presente, almeno prossima (quest. 2760). La Corte di Parigi (17 settembre 1829, *Journal Av.*, tom. XXXVIII, pag. 180) decise che il debitore ha diritto di farsi condurre dall'usciere al magistrato; e così sentono pure Chauveau, Thomine, Coin-Delisle e Pigeau.

E noi, concludendo, diremo, che l'art. 764 è preciso nell'ordinare il rinnovamento di tutte le formalità; che questa non è fra le escluse nè fra le impossibili; che il beneficio di un immediato scioglimento è reale e non può essere supplito o adeguato da un giudizio di nullità; che la facoltà data al debitore di conferire personalmente col giudice, ha pure la sua parte di conforto e di utilità, invece di far rappresentare le sue ragioni da altri; che il debitore non dev'esserne privato, per la ragione di essere più misero e più oppresso: *afflicto non addenda afflictio;* egli ha diritto di esser condotto al giudice.

Articolo 765.

Chi fa istanza per la conferma in arresto è tenuto verso il creditore che ha fatto procedere all'arresto a contribuire in parte eguale agli alimenti del debitore.

Cessando la causa del precedente arresto, il nuovo istante deve consegnare gli alimenti per intiero a norma dell'articolo 761.

Le somme depositate per gli alimenti non possono essere ritirate dal deponente, se non avvertendo dieci giorni prima gli altri creditori, a cui istanza il debitore sia confermato in arresto.

Annotazioni.

Cumulo delle carcerazioni per cause penali e civili, e durata dell'arresto.

Lo stato di prigionia può adunque aggravarsi per il moltiplicarsi delle cause che si associano a mantenerlo. La causa del reato, per la natura sua, prevale; la sua indipendenza da ogni atto, da ogni procedimento civile, è manifesta. Se il carcerato subisce condanna che porti detenzione personale per qualunque tempo e in qualunque luogo di pena debba scontarsi, le esecuzioni civili si risolvono di pieno diritto; lo stato personale del reo subisce una trasformazione, perpetua se la pena fosse perpetua. La legge civile non opera più; il tempo non trascorre più per conto suo, e per maturare gli effetti ch'essa ha avuto in vista esercitandosi con tanto rigore; il condannato ha, per così dire, bisogno del suo tempo per farne olocausto alle esigenze della legge penale, per espiare il suo reato (**). Ciò nella condizione di condanna: è alquanto più astruso il vedere se, correndo il tempo di custodia e tornato favorevole il giudizio penale, quel tempo abbia potuto in certo modo soddisfare a due bisogni: quello della giustizia civile e quello della giustizia penale.

In Francia si è elevata la questione se, quando un carcerato per debiti, prima che spirasse il termine dell'arresto, sia stato trasportato nella carcere criminale per imputazione

(*) Forse anche il debito che lo avvince è di gran somma; e questa essendo molto minore, può soddisfarla.

(**) La questione è in parte risolta dal 1° capoverso dell'articolo 763.

Digitized by Google

di reato (*), il creditore debba tuttavia, nel tempo di custodia preventiva, continuare a prestare le somme alimentarie.

Osservate che l'articolo 763 non risolve che *in parte* la questione, come avvertesi nella nota. Esso finge che *il debitore si trovi già in carcere per reato:* il mandato esecutivo del creditore lo coglie in quello stato d'immobilità, e non fa che aggiungere un vincolo nuovo, l'effetto del quale si manifesterà *dopo scontata la pena*, dice la legge; e noi aggiungiamo, cessata la detenzione legale di custodia coll'assoluzione. Nella legge adunque non è risolto il dubbio, se il tempo di custodia, che, attesa l'assoluzione, è tempo che dovrebbe ritornare, se fosse possibile, a profitto del detenuto, non sia da calcolare a suo vantaggio per diminuire la durata del carcere civile. Il DALLOZ (*Rec. périod.*, 1846, tom. II, pag. 204) ricorda una decisione della Corte di Parigi del 21 ottobre 1846, nella quale si ritenne che *la carcerazione per causa di reato sospende quella che il detenuto soffre per causa civile:* e fra le altre è notevole questa proposizione: *che la detenzione del debitore non è più che una prova della sua solvibilità, nè è prolungata nell'interesse del creditore, ma della società* (**).

E questa è pure la mia opinione. Quindi dovrà tenersi conto del tempo che il debitore ha passato nelle carceri civili, e accreditarlo nella detenzione civile (articolo 2012 del Codice civile). Dal momento ch'esso passa nelle carceri criminali, il corso s'interrompe; scontato il reato o respinta l'accusa, comincia un nuovo periodo, anco in nome e nell'interesse di altri creditori che sono venuti intanto a confermare l'arresto; e questo nuovo periodo si ricongiunge al primo per misurare la durata della detenzione civile (***).

Se il debitore potrà servirsi del suo tempo carcerario per espiare simultaneamente due detenzioni, sarà un gran bene per lui. La legge non porge argomento per concludere che le detenzioni siano *successive;* che terminato il biennio patito pel debito *a*, ne cominci un altro pel debito *b*, e così di seguito. Tal effetto è possibile; è possibile se negli ultimi giorni di un arresto avvenga una conferma (che nella legge passata dicevasi, quasi per ironia, *raccomandazione*, all'uso francese) una conferma di altro creditore; e così di un terzo creditore al cadere del secondo arresto. Ma a tutto questo la legge pone regola e misura, ed è la seguente.

Questo rinascente periodo di detenzioni a favore di più creditori non può avverarsi che *qualora i debiti successivi siano stati creati dopo l'arresto* (****). Eccetto simile evenienza, la legge non permette che *due anni di arresto*, talmente che il secondo o terzo creditore, per titoli anteriori all'arresto, non può nè procedere a nuovo arresto, nè confermare il precedente se non in quanto la durata sia maggiore, e deve anche in essa computare il tempo della detenzione sofferta.

La legge albertina (articolo 2111) poneva l'ultimo limite della durata dell'arresto nei cinque anni. La nuova, conservando le umane disposizioni dell'antica, ha d'assai ridotto quel termine. Del non dovere l'arresto oltrepassare i due anni, la ragione sta in questo, che l'infelice debitore ha già provata la sua impotenza; dopo ciò l'arresto non sarebbe più un mezzo di escussione e una prova, ma una vera pena. Quindi è che la prova, portata al suo estremo, fatta per un debito, vale per tutti; — lasciate ogni speranza — e questo è scritto non per un solo creditore, ma per ognuno di essi.

Pei debiti *posteriori* la legge è più severa. Non è facile assegnarne la ragione, ma pare che sia in odio del nuovo debito, specie di recidiva, cui non valse per correzione il funesto portato del debito precedente. Contro questo inasprimento di rigore si potrebbe osservare che non sempre i debiti si fanno per volontà, più spesso si fanno per necessità; che ha qualcosa di disumano punire, ritirando un beneficio comune, quel disgraziato che, nella rovina dei suoi affari, per trovarsi in carcere, ha dovuto fare degli altri debiti, molto più che la sua situazione era nota, e non poteva ingannare nessuno. Quando però si ponga mente che i debiti, a causa dei quali si subisce l'arresto, sono tali che involvono, civilmente parlando, un delitto (articoli 2004 e 2005 del Codice civile), si sarà più proclivi a riconciliarsi col disposto della legge.

Quale adunque sarà l'effetto della conferma, *olim* raccomandazione, del secondo creditore?

(*) Per esempio commesso in carcere.

(**) Questo io notava nel *Comment. del Codice sardo*, vol. V, part. II, n° 1281. Ivi ancora feci memoria di una sentenza della Cassazione francese del 20 novembre 1832, che aveva opinato diversamente: il che mostra che la questione non è delle più facili a risolversi.

(***) L'articolo 2102 determina « che la durata dell'arresto non può esser minore di tre mesi, nè maggiore di due anni ».

(****) Soggiunge l'articolo 2103 del Codice civile che tali debiti *siano esigibili al tempo del rilascio;* e ciò è naturale; giacchè se non fossero esigibili, nessuna esecuzione potrebbe farsi.

Quello dell'articolo 2103 del citato Codice civile se avrà luogo; più direttamente la conferma è il diritto del nuovo eseguente di tenere in carcere il debitore, indipendentemente dalla volontà del primo; semprechè *contribuisca in parte uguale la spesa degli alimenti.* Codesta consociazione di obblighi prova che l'arresto sta in conto non di un solo creditore, ma di due; che ognuno di essi signoreggia, per così dire, la persona del debitore; ne segue naturalmente ciò che viene poi enunciando il 1° capoverso dell'articolo 765, che, *cessando la causa del precedente arresto*, o per termine o per volontà del creditore, che si è stancato di fare il deposito, subentra il secondo deponendo l'intero.

CAPO IV.

DELLA LIBERAZIONE DEL DEBITORE

Articolo 766.

La liberazione del debitore è ordinata:

1° Per la nullità dell'arresto;
2° Per il pagamento del debito;
3° Per il consenso dei creditori;
4° Per l'età del debitore;
5° Per mancanza di anticipazione degli alimenti;
6° Per la scadenza del termine;
7° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

Caso determinato dalla legge è quello dell'articolo 2104 del Codice civile: « Il debitore « può liberarsi dall'arresto personale, pagando « un quarto della somma dovuta cogli acces- « sorii (*), o dando pel resto una cautela che « sia riconosciuta sufficiente, se prima dell'ar- « resto, dall'autorità giudiziaria che ha pro- « nunziata la sentenza; se dopo l'arresto, dal « tribunale civile nella cui giurisdizione tro- « vasi arrestato ». Con questa disposizione si è vieppiù moderata quella del Codice civile albertino (articolo 2115) (**). La legge francese fa grazia al debitore *che paga tutto il suo debito e le spese* (articolo 798 della procedura); e CARRÉ la chiama una disposizione generosa (*V.* le ANNOTAZIONI all'articolo 771).

Articolo 767.

La domanda di nullità dell'arresto è proposta davanti il tribunale civile o il pretore nella cui giurisdizione il debitore si trovi arrestato, osservate le norme di competenza per valore.

Annotazioni.

1. *Sull'applicabilità dell'articolo quando si tratti di questione di fondo in fatto di sentenza appellabile.*

La nuova legge ha portato sulla precedente (Codice sardo del 1859, articoli 885, 886) una modificazione importante. Le nullità di forma erano conosciute dal *tribunale del luogo ove il debitore si trovava in arresto*: quelle di merito si giudicavano invece *dall'autorità giudiziaria, a cui spettava conoscere della esecuzione.* Ne seguitava, che talvolta avrebbe potuto intromettersi il tribunale di commercio nei casi contemplati dal 2° capoverso dell'articolo 695 di quel Codice.

(*) Gli interessi e le spese.

(**) Che proponeva la misura *del terzo.*

Ma lasciamo di questo, e parliamo della legge nostra. Essa sembra aver tolto di mezzo ogni difficoltà e provveduto nel modo più semplice e positivo, secondo il suo testo. E veramente se si tratti di un ordine d'arresto, eseguito in forza di sentenza passata in giudicato, questa legge risponde completamente al bisogno. In effetto non potendosi elevare disputa alcuna sul merito della sentenza, la cui osservanza sarebbe indeclinabile, ogni controversia verrebbe a concentrarsi sul fatto dell'esecuzione. Ma ove si consideri che l'arresto *può essere eseguito in forza di sentenza appellabile che ordinò la propria esecuzione provvisoria*, la cosa muta aspetto. Se si domanda la nullità dell'arresto, perchè il tribunale di commercio decretò l'arresto fuori del potere che la legge gli attribuisce, si porterà forse la questione al *tribunale civile?* Il tribunale civile è forse competente a giudicare una sentenza del tribunale di commercio per decidere se esso abbia o no violata la legge?

Non è sfuggita la questione all'esame dei glossografi francesi, concordi nel risolvere che non più al tribunale d'esecuzione, ma alla Corte d'appello doveva portarsi la questione della nullità (CARRÉ, quest. 2710; CHAUVEAU, quest. 2707 bis, ecc.). Fra le non poche decisioni francesi è notevole quella della Cassazione del 9 novembre 1824, che è molto precisa (*Journal Avoué*, tom. XXVII, pag. 334); e fra le nostre, quella della Corte di Nizza, 9 gennaio 1857 (*Gazzetta dei Tribunali*, p. 738); di Genova, 30 giugno 1858 e 18 agosto stesso anno (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 633 e 839). Si considerò non trattarsi di controversia di esecuzione, ma di ciò che vi ha di più essenziale in una sentenza, la sua legalità. Cessava dunque l'applicazione dell'articolo speciale di procedura in questo caso che non concerne che l'esecuzione; fu inoltre saggiamente avvisato a un altro sconcio che ne verrebbe, quello di proporre *in tre gradi di giurisdizione* lo stesso soggetto; mentre dell'ordine d'arresto avendo giudicato il tribunale di commercio, ora ne giudicherebbe il tribunale civile, e in seguito la Corte a cui la sentenza di quest'ultimo potrebb'essere appellata.

2. *Se l'ordine d'arresto venne decretato dalla Corte d'appello, revocando una sentenza che non l'aveva pronunciato, è forse al tribunale di prima istanza o a quello della Corte d'appello che deve portarsi il giudizio della nullità?*

Il CARRÉ pensò che al tribunale e non alla Corte d'appello, per lo rispetto ai due gradi di giurisdizione, rigettando il diverso avviso di DELAPORTE (quest. 2708). Il CHAUVEAU riprova la decisione di CARRÉ, e sostiene che il giudizio deve portarsi alla Corte d'appello. La regola fondamentale dei due gradi di giurisdizione, secondo lui, non sarebbe punto violata, perchè non avrebbe applicazione di sorta. Conviene ricorrere, egli dice, a un'altra regola; conviene cercarla in quella legge ove si parla della esecuzione delle sentenze appellate; e fonda principalmente la sua conclusione agli articoli 796 e 800 del Codice di procedura francese.

La mia opinione si accosta a quella del CARRÉ; ma non per le sue ragioni. Se qualche speciale e potente motivo ci portasse a ritenere la competenza della Corte, non farebbe ostacolo che non potessero esaurirsi i due gradi di giurisdizione. Vi hanno incidenti che si propongono per la prima volta in appello, questioni che non hanno altro seguito (*), e finiscono colla decisione di merito che pronunzia la Corte. Si ritengono *quali parti del giudizio d'appello*. Ebbene, se il conoscere della validità dell'arresto fosse dalla legge attribuito al magistrato che pronunziò la sentenza; se fosse perciò della Corte d'appello il conoscerne il principio del *due gradi* di giurisdizione, non si sentirebbe offeso. Non sarebbe che la manifestazione di una ulteriore facoltà della Corte d'appello.

Ma per altre ragioni il nostro sistema non permetterebbe di ricorrere in questa ipotesi alla Corte; e dovrebbe applicarsi letteralmente l'articolo 767. Nella tesi precedente si sostenne che alla Corte d'appello avrebbe dovuto proporsi la questione, perchè trattavasi di rivedere la giustizia o legalità della sentenza che aveva ordinata la esecuzione provvisoria; e sfuggiva alla competenza di un tribunale di pari grado, al tribunale civile. Nel caso presente, della ingiustizia o illegalità della sentenza d'appello, non è più lecito disputare; se, nel rispetto della legalità, non si ricorra in cassazione. Escluso questo soggetto di gravame, la questione di nullità rientra nei termini che le son proprii. *Non possono più agitarsi le cause giuridiche onde nacque il doloroso prodotto dell'arresto personale;* e la controversia cade sugli effetti, sui modi, sull'attualità del credito, sulla stessa esecuzione.

(*) Distinguiamo nuovi incidenti da *nuove domande:* quelli appartengono allo sviluppo dei mezzi, e non si propongono punto a loro ultimo fine oggetti non proposti, come prove testimoniali, giuramenti, ecc., e non percorrono i due gradi.

Si conclude, rispondendo al quesito, doversi portare la vertenza non alla Corte, ma al tribunale civile (*).

3. *Di alcune cause di nullità dell'arresto che riguardano il diritto piuttosto che la forma della esecuzione, e sono nondimeno decise dai magistrati stanziati nell'articolo 767.*

La distinzione fra nullità chiesta per ragioni di merito o per ragioni di forma, non è adottata nei nostri Codici; distinzione che praticamente non avrebbe scopo, dacchè la cognizione di codesti mezzi appartiene alla stessa autorità giudiziaria. Tuttavia giova riandare alcune delle cause della prima maniera, toccate qua e là nel commento, secondo la occasione del discorso, sia perchè verso la scienza, ossia, teoricamente parlando, la differenza esiste; sia perchè meglio si apprenda la linea di separazione fra esse e quelle cause che si compenetrano nel giudicato.

La questione della nullità può avere a subbietto lo intendimento della sentenza che ha proferito l'arresto, il contenuto di essa sentenza, la sua interpretazione. Il magistrato sfuggirà ogni equivoco, userà i termini più chiari in una decisione di tanta importanza: noi lo dobbiamo credere. Con tutto ciò si direbbe troppo affermando, che il bisogno della interpretazione non verrà mai; supponete che l'arresto sia stato ordinato sotto certe condizioni, che siano state imposte certe cautele per parte del creditore, senza le quali l'arresto non sarebbe eseguibile, e si contenda sull'adempimento di quelle condizioni e cautele. Come s'interpretano le leggi dai giureconsulti e non dallo stesso legislatore, così s'interpretano le sentenze dai tribunali che non le hanno pronunziate, ed eziandio da tribunali di grado inferiore. Il giudizio interpretativo è sempre d'ossequio e non mai di sindacato; e la qualità dei criterii che un magistrato deve usare possono mettere a prova il suo acume e la rettitudine della sua mente; ma non impingnano, per così dire, non accrescono la sua giurisdizione. *Oggetto del giudizio resta la validità* o *invalidità dell'esecuzione*, e invariabilmente dall'oggetto prende norma la competenza.

Restano anche in dominio del giudice della esecuzione tutte quelle cause di estinzione del debito che siansi verificate dopo la sentenza. Oltre la compensazione, la novazione, i mezzi ordinarii naturali o legali di pagamento, si propone dagli autori, come discutibile in giudizio di nullità, *la eccezione della prescrizione.*

Io ho notato ai luoghi opportuni che codesta eccezione non sarebbe subbietto della *opposizione* ordinaria in fatto di esecuzione mobiliare e immobiliare; e ho inteso che, generalmente parlando, dovrebbe esercitarsi in via di azione e in sede separata. Quando siamo sul tema dell'arresto personale e della sua nullità, gli scrittori insistono sull'ammissibilità di questa eccezione; e io non mi sentirei più così forte nel declinarla di fronte a una contesa di libertà personale. Ma a quali termini si restringe codesta eccezione in una controversia esecutiva! Era forse prescritta l'azione quando si è intentata? Ma se non si allegò la eccezione (**), e l'azione ebbe il suo corso vittorioso, sino alla condanna della quale fu accessorio e conseguente il rilascio del mandato personale, dopo il giudicato, come mai potrebbe ammettersi? E dico ammettersi, non solo senza ferire l'autorità del giudicato, ma senzachè lo stesso giudicato formi un ostacolo insormontabile; poichè più non si tratterebbe della prescrizione dell'azione di credito, ma dell'azione nascente dal giudicato (***), che non opera che in lunghissimo tempo. In astratto adunque può concedersi il diritto della eccezione di prescrizione in questo giudizio di nullità; ma non s'intende facilmente la sua possibilità pratica.

5. *Delle concessioni* o *atti di rinunzia del debitore.*

Appena è luogo ad osservare che le adesioni, le concessioni, le rinuncie del debitore, in tutto quanto concerne la sua libertà personale, non fanno nascere a favore del creditore eccezioni legittime per contrastargli (fin de non reçevoir) l'esercizio dell'azione di nullità, il diritto della liberazione.

Molto meno può essergli opposto, che essendosi fatto forte di eccezioni di sostanza, non può indi passare a questionar della forma, ancorchè si produca posteriormente e con altro giudizio (Corte di Bourges, 30 novembre 1821, *Journal Avoués*, tom. XXIII, pag. 364).

Bisogna però distinguere fra le ammissioni, accettazioni o rinunzie ai *diritti della libertà*, e quelle dichiarazioni che riguardano invece la *causa del credito*. Il creditore in certe circostanze ha emesso un documento, dal quale potrebbe anche risultare ch'egli fosse stato

(*) O al pretore se competente per valore.

(**) Peggio ancora se, allegata, venne respinta.

(***) « Nam secuta condemnatione, actio pristina convertitur in actionem judicati a qua ita novatur » CUJACCIO.

soddisfatto in tutto o in parte del credito. Con questa sola carta alla mano si è disposti di attribuirvi quel senso che il debitore propugna. Ma che? Il creditore si è munito di una contro-lettera del debitore in cui si confessa tuttavia il debito, e con ciò si dimostra evidentemente che quella spiegazione non è più possibile. La questione della libertà non sarebbe stata, a così esprimerci, compromessa in queste carte; ma solo venne in considerazione il debito, la sua causa, la sua esistenza. Se nel giudizio di nullità, mentre il debitore sostiene il pagamento in forza della lettera del creditore, questi contrappone la dichiarazione del debitore, sarà nel suo diritto.

6. *Se l'arrestato prova di non essere debitore di tanta somma quanta fu enunciata* (articolo 758, n° 4), *l'arresto è nullo?* Niun dubbio: la nullità è comminata dall'articolo 762, perchè l'enunciativa della somma non sarebbe corrispondente alla verità, e *sarebbe in danno del debitore*, che, per liberarsi, dovrebbe pagare una somma maggiore del suo debito. Se invece si fosse dichiarata una somma minore, il debitore non avrebbe interesse di opporla; la domanda di nullità sarebbe respinta.

Articolo 768.

Quando l'arresto sia dichiarato nullo, il creditore o l'usciere cui sia imputabile la nullità, è condannato al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

È qui una importante variazione: nel Codice del 1859 il relativo articolo 887, modellato sul francese, diceva: *il creditore può esser condannato*, ecc.

Ha ben potuto dire quella giurisprudenza che la condanna nei danni ed interessi *non è la conseguenza necessaria della nullità dell'arresto*, ma dipende da circostanze il cui apprezzamento è lasciato al criterio del giudice.

Invece, dirimpetto a quella locuzione, si faceva una ricerca diversa e sottile: *potrà sempre, e in ogni caso di nullità, il giudice condannare ai danni-interessi?*

Non era forse una podestà del giudice? Malgrado questo si voleva ch'egli non potesse sempre e ad arbitrio valersene; si prevedeva e riprovava l'abuso (PIGEAU, *Comment.*, tom. II, pag. 484; THOMINE, tom. II, pag. 379).

La mano posava più leggera sui vizi di forma. Nel caso prima espresso, al creditore mancava il diritto; qui il creditore non è imputabile che di un errore; errore che ha portato fortuna immeritata al debitore, se non contenda e non spinga le sue pretese sino al risarcimento del danni. Soleva distinguersi fra semplici errori di forma ed atti d'abuso, improntati di mala fede e di carattere vessatorio (Corte di Firenze, 20 agosto 1809 (*); di Colmar, 20 agosto 1808; di Bordeaux, 3 dicembre 1828).

Per noi non è più così: l'articolo 768 è imperativo; per qualsivoglia causa l'arresto sia dichiarato nullo, *il creditore* o *l'usciere è condannato ai danni*. Non vi è leggerezza, trascuranza, fatuità scusabile quando si tratta della libertà di un uomo.

Resta a sapere se essendo per altra causa detenuto il debitore, o per reato o per altro debito civile, annullata la ulteriore esecuzione eseguita in via di conferma, sia il creditore condannato al risarcimento dei danni. Quali danni, se il debitore già si trovava e doveva rimanere in carcere? Breve: la condanna nei danni deve sempre pronunciarsi; quali siano, è oggetto della liquidazione; forse anche i danni si risolvono nelle spese sostenute per la difesa.

Articolo 669.

La nullità dell'arresto pronunziata per qualunque causa, non induce la nullità della conferma in arresto richiesta da altro creditore, a norma degli articoli 763 e 764.

Annotazioni.

1. *La disposizione di questo articolo è applicabile a quelle conferme che derivano, per altri crediti e diritti dello stesso creditore?*

Vi è molta differenza, quanto alla applica-

(*) Epoca imperiale.

zione di questa legge, fra il caso proposto nel quesito, e quello in essa legge considerato. Perchè la nullità dell'arresto operato da Tizio dovrebbe involvere anche l'arresto operato da Caio, e ricadere su questo creditore che non vi ha colpa alcuna? Ciò potrebbe accadere se l'atto di conferma fosse per una ragione qualunque dipendente dalla esecuzione anteriore; ma è desso un nuovo arresto, come si è avvertito più volte, una operazione che deve presentare, come ogni altra, tutte le condizioni della legalità; e dicesi *conferma*, non quasi sanzione della precedente esecuzione, ma rappresenta che lo stato di cattività del debitore deve durare anche per conto di un altro, e così di altri creditori. Risolto il primo arresto, il secondo subentra e tiene con pari forza il debitore, talchè senza una particolare ragione, che ora vedremo, non era mestieri di crearne una disposizione speciale, dimostrandosi aperto dai precedenti e dal susseguenti dettati di questo medesimo Titolo.

Ma la conferma potrebbe venire dallo stesso creditore, in virtù di altri giudicati che possiede; e allora la dottrina e la giurisprudenza decide che le *conferme* cadono e seguono la sorte dell'esecuzione primitiva (CARRÉ, questione 2717: FAVARD DE LANGLADE, tom. I, pag. 690; DALLOZ, tom. III, pag. 810; THOMINE, t. II, p. 374; CHAUVEAU, quest. 2717).

La ragione che si adduce, per così risolvere, è principalmente questa: se il creditore che ha eseguito un primo arresto arbitrario e nullo, potesse rimediare con un secondo più regolare, gli si darebbe la pericolosa facoltà di vessare la persona del debitore, ragione che invero non è molto solida, e può essere combattuta; ma noi abbiamo un testo di legge espresso in modo che non lascia più luogo a dubbio. Le sue parole sono evidenti nel precisare il caso nel quale la *conferma* non viene a mancare per la nullità dell'arresto, ed è ove *sia stata richiesta da altro creditore, a norma degli articoli 763 e 764*. Con questa forma noi abbiamo aggiunto chiarezza al testo francese, che dice semplicemente così: *La nullité de l'emprisonnement pour quelconque cause qu'elle soit prononcée, ne importe pas la nullité des recommandations.* Così dal caso escluso possiamo argomentare al contrario.

2. *Le conferme sopraggiunte (di altri creditori) pendente il giudizio di nullità del primo arresto, questo annullato, sono valevoli?*

La risposta affermativa non è dubbia (PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 481; CARRÉ, quest. 2718, ecc.). La ragione è perentoria: perchè non trattasi di *conferma del primo arresto*, ma di conferma invece dello stato di prigionia, che la seconda esecuzione ha bastato sola a produrre.

Articolo 770.

Il debitore, quando l'arresto è dichiarato nullo, non può essere nuovamente arrestato per lo stesso debito, se non decorsi giorni cinque dopo la sua liberazione.

Annotazioni.

Se prima dei cinque giorni il creditore, la cui esecuzione è stata annullata, possa per altro credito fare arrestare il debitore; o per lo stesso credito confermarlo in carcere.

Anche qui la legge si occupa solo del creditore; non parla *che dello stesso debito*; non allude che al rinnovamento della esecuzione (*). Il terzo è libero ne' suoi moti; estraneo alla sconfitta che ha patito il primo creditore, e alle sue conseguenze. Il terzo può fermare il debitore sulla soglia della prigione, respingervelo prima che abbia bevuto per un solo istante l'aria della libertà. La difficoltà si presenta per l'altro creditore a cui la legge fa una prescrizione speciale.

Le questioni, come enuncia il quesito, sono due. La prima si risolve molto facilmente. Se *non si tratta dello stesso credito*, se il creditore possiede un titolo esecutivo di cui non ha fatto uso, appena il debitore esce di prigione può farlo carcerare di nuovo: non è questo il caso in cui il respiro dei cinque giorni gli dovesse essere concesso. La seconda questione è alquanto più grave.

Essa è decisa in vario modo dal CARRÉ, DALLOZ, DEMIAU ed altri, che lascieremo da parte. Qui si finge la ipotesi che il debitore non possa uscire di prigione perchè altre cause ve lo tengono inchiodato, criminali o civili. Non è per lui che è scritto il benefizio del cinque giorni. Può *in virtù dello stesso titolo il primo creditore confermarlo in carcere*

(*) È manifesto che l'articolo 770 suppone che la nullità sia stata pronunziata per vizi soltanto di forma.

non trascorso quell'intervallo, ossia poco dopo la sentenza di nullità? In diverse parole, quell'intervallo è concesso solo nell'evento reale della scarcerazione, onde il debitore provveda alle cose sue, o per altro effetto qualunque; ovvero è un *termine fisso* fra l'una e l'altra esecuzione che deve ad ogni modo concedersi al debitore, eziandio non tradotto in libertà? Invero la legge parla chiaro, *non può essere arrestato per lo stesso debito*, e quivi non è caso di un nuovo arresto, che deve intendersi nel più ovvio suo senso: ma di far persistere in carcere un debitore che già vi è; che non può uscirne; che non può reclamare di non dover essere così tosto privato del sospirato benefizio della libertà, di cui non ha potuto godere neppure un momento.

È insomma un caso non contemplato nella *restrizione legale:* ricade adunque nel principio opposto, potere cioè ogni creditore legittimo usare liberamente dei proprii diritti. Un obbietto potrebbe trarsi dall'argomentazione che abbiamo fatta nella prima nota dell'articolo precedente, ma si risponde, che gli atti di conferma eseguiti dallo stesso creditore, benchè per crediti diversi (*), cadono anch'essi in odio della prima esecuzione (**): ma non si vogliono in quest'odio, in questa causa d'irritazione contro il creditore eseguente, comprendere gli atti legittimi che, come ogni altro creditore, ha potuto fare, *posteriormente alla stessa esecuzione:* siano pure atti di *conferma* immediatamente eseguiti per tenere vincolato al carcere il debitore che vi giace e deve ancora giacervi per altre cause.

Articolo 771.

Il debitore è posto in libertà, quando sia consegnata al custode la somma corrispondente all'ammontare di tutti i debiti, in capitale, interessi e spese, per i quali trovisi arrestato o confermato in arresto.

Se le somme consegnate al custode non siano ritirate dai creditori nel termine di giorni quindici, il custode deve depositarle nella cassa dei depositi giudiziali.

Annotazioni.

1. È scritta nell'articolo 2104 del Codice civile un'umana disposizione, che altrove abbiamo ricordata e lodata (*V.* le ANNOTAZIONI all'articolo 766). Ora come ci viene qui a dire l'articolo 771 della procedura che il debitore è posto in libertà, *pagando in mano al custode tutti i debiti, gl'interessi, le spese, ecc.?* Articolo, aggiungiamo, che non si leggeva nei precedenti Codici piemontesi, articolo nuovo. Rispettando la volontà del legislatore, diremo che una vera contraddizione fra codeste leggi non c'è. Sono due diritti, due facoltà distinte. Il secondo, quello cioè della procedura, sembra piuttosto considerare il *modo della liberazione*, che il debitore può procurarsi anche subito, anche senza ricorrere a veruna autorità, appena toccato il carcere, pagando ogni cosa *in mano al custode*, al quale la legge affida questa riscossione. Deve dunque aversi come un benefizio aggiunto, senza pregiudizio di quello impartito all'arrestato dal Codice civile. Il quale benefizio esige a maturarsi più tempo, più pratiche, istanze, discussioni di cauzioni, ecc., e non può momentaneamente eseguirsi.

Il benefizio adunque, il vero benefizio, perchè per esistere modifica la ragione del diritto, è quello che nasce dall'articolo 2104 del Codice civile. Esso forza un tal poco la mano ai creditori, li obbliga a non ricevere che un quarto dei loro avere, o contentasi di *cautele*, differendo la riscossione a tempo non definito. Si restringe il diritto per rispetto di umanità; all'incontro l'art. 771 è il diritto rigoroso: non si fa grazia che della forma: torna dunque che sono disposizioni diverse, non contraddicentisi però: chi non può valersi di questa, potrà giovarsi della prima con più agio e in un tempo qualunque.

2. Ma forse il custode che ha ricevuto le somme del debito può di sua autorità rilasciare il carcerato?

È ciò che la legge non dice nè per questo,

(*) È chiaro che, pendente il giudizio di nullità, non potrebbero esistere *conferme* per lo stesso credito per cui si procedette nullamente all'arresto; poichè queste importerebbero rinuncia alla prima esecuzione, onde il debitore avrebbe diritto di uscire dal carcere e di starsene quieto per cinque giorni. Le *conferme per lo stesso credito* di cui veniamo favellando, susseguono il decreto d'annullamento e la sparizione della prima esecuzione.

(**) Parole del CHAUVEAU: « Le créancier incarcerant « ne pouvait pas, *pour reparer une nullité dont il pré-* « *voyait d'avance les effets*, conserver par une recom- « mandation concomitante ses droits sur la personne « du débiteur ».

nè per altri casi di liberazione, tranno che nell'art. 775, parlando del quale, farò qualche osservazione relativa.

3. Seguitando lo svolgimento della prima nota, rammento che nella procedura francese l'analoga disposizione dell'articolo 798 pareva non conciliarsi con quella dell'articolo 800, n° 2, che pone fra le cause giuridiche della liberazione dell'arrestato *il benefizio della cessione dei beni*. Vi è di più. Una legge emanata in Francia, che fu del 27 aprile 1832 (articolo 24), dalla quale noi forse abbiamo attinto, concedeva essa pure certe facilitazioni nei modi di pagamento per liberarsi dalla prigione; e non consuonava troppo col severo rigore di quell'articolo 798. Che si disse pertanto dagli scrittori di procedura per conciliare queste che sembravano opposte volontà della legge? Il Boitard (n° 1064) ed altri, avanti o dopo di lui, dissero cosa, secondo me, non vera, coll'attribuire al loro articolo 798, cui è perfettamente simile il nostro art. 771, un senso esclusivo: quello di pagare *per liberarsi provvisoriamente dal carcere*, onde intanto contrastare all'arrestante la validità, il diritto della esecuzione. L'arrestato, si dice, potrà sul momento ottenere la sua libertà, prima che si pronunzii dal competente giudice la nullità dell'arresto. Ma vi è dell'arbitrio in siffatta interpretazione; si fa dire alla legge ciò che in verità non dice; e per evitare il pericolo dell'antinomia, si manomette (mi si perdoni la frase) la intelligenza della legge. La differenza delle applicazioni si ravvisa naturale ed evidente nelle spiegazioni che abbiamo date alla prima nota.

Noi crediamo che il nostro articolo 771 (non diverso, come si è detto, dal francese, articolo 798) non sia da restringersi tanto da non potersi applicare che ad un pagamento provvisorio e condizionale, pendente il giudizio di nullità. Ora meno che mai possiamo nutrire questa opinione, sia perchè la legge moderna avrebbe certamente approfittato dell'esperienza per mettere il proprio dettato in armonia con quella dottrina, sia per la maggiore estensione che ha presa la nuova forma dell'articolo stesso.

Non si esclude però che quel senso, che secondo altri sarebbe unico, non sia compreso nell'articolo. Ragioniamo ora un momento sotto questo aspetto.

Il debitore ha pagato. Cos'ha pagato? Il suo debito o no? Se era in realtà debitore, se la sua questione di nullità non si aggira che sopra vizi di forma, perchè, vincendo, gli sarebbe restituita la somma? A qual titolo potrebbe pretendere questa destinazione? Una proposta di questo genere si presentò nei dibattimenti che precedettero la legislazione del Codice di procedura francese, e un articolo del progetto (812) dichiarava che per ogni caso di annullamento la somma si dovesse restituire, ma per osservazione del Tribunato la proposta fu respinta, e non passò in legge (Locre *Esprit du Code de procédure*, tom. III, pag. 399). La restituzione si disse ingiusta, immorale, e che riserva o protesta non valesse a legittimarne il diritto, salvochè l'esecuzione non fosse annullata per difetto di azione o di credito.

Colla intelligenza più estesa e più ragionevole che noi abbiamo data all'articolo, è una conseguenza che rientra mirabilmente nel nostro sistema. Ammettiamo la stessa distinzione. Chi paga il proprio debito, non può avere una *conditio indebiti* per ripetere il pagato. Se la esecuzione fu annullata per vizio di forma, si avrà diritto al risarcimento dei danni, ma il pagamento non sarà restituito.

4. *Se pel pagamento eseguito dopo l'arresto di una parte della somma dovuta, riducendosi il debito a tale che, così stando in principio, si sarebbe attribuita all'arresto una durata minore, si faccia luogo a riduzione del tempo, o anche alla liberazione.*

La ragione che può addursi per l'alternativa diverrebbe più forte, se la ipotesi si aumenti di un elemento involontario, di un elemento operante di pieno diritto, quale sarebbe la *compensazione*. Caio è in prigione per un debito di 10,000 lire; questa è la somma enunciata nella sentenza, e perchè la somma è tanto grave, la durata dell'arresto è portata a due anni. Ma, fors'anche in virtù di documenti che l'arrestato non ha potuto raccoglier prima, si prova chiaramente che il debito si riduce a lire 1000, essendosi pagata una quantità di cambiali passive a Sempronio, creditore, che erano in mano di terzi. Liquidato così il vero debito di Caio, residua a somma tanto piccola che non tiene più proporzione col supposto e giudicato credito. Ma se il debito si fosse veduto allora nella sua vera entità, e così lieve, appena di tre o quattro mesi avrebbe il debitore subita la carcere d'arresto.

Ha un bel dire il Chauveau: « Le droit du « créancier doit être consideré à son origine, « il ne dépend pas du débiteur de l'affaiblir, « de le transformer; tant qu'il n'aura pas rem- « pli ses obligations, il subira la peine de son « accomplissement » (quest. 2127 bis). Io entro precisamente nella sua idea, se trattasi di pagamenti parziali fatti dal debitore durante

l'arresto. Il creditore che li riceve, e che non è tenuto a riceverli, giova piuttosto al debitore coll'agevolare il mezzo della sua liberazione. Ma se *per una causa preesistente* all'arresto, il debito reale si trovava già di lunga mano attenuato, l'equità e la giustizia impongono che la durata dell'arresto sia proporzionalmente diminuita. Nè si dica che si farebbe con ciò offesa al giudicato. La questione della compensazione non essendo stata presentata al magistrato giudicante, non potè nascere su questo punto la cosa giudicata.

5. *Del pagamento offerto sotto condizioni* o *riserve.*

Qui bisogna distinguere. Il debitore imponendo di suo arbitrio e capricciosi condizioni al creditore che avrebbero per effetto di ritardare il pagamento, non libera il debito, nè se stesso dalla prigione. O pone condizioni del pari illegittime e capricciose, ma che non ritardano il pagamento, il creditore ha due diritti: rifiutarlo, ovvero accettarlo, rigettando le condizioni che non lo vincolano in alcun modo. O le condizioni sono giuste e legittime, procedendo dalla posizione stessa del debito, per esempio, di cancellare l'ipoteca relativa, o di provare di avere soddisfatto a certi oneri, o di presentare una certa cauzione, o dimostrare i mezzi di impiego o di erogazione della somma, tutte cose che il debitore ha diritto di trovar congiunte col pagamento del suo debito, è manifesto che al rifiuto ingiusto del creditore esso può invocare dal magistrato la sua liberazione, *tamquam debito soluto.*

In codeste varie ipotesi non suppongo un'offerta di parole e di ciarle; ma che la somma sia stata proprio consegnata al custode. Aggiungo però che *ove il pagamento non sia puro e semplice*, il custode non può di suo atto liberare il debitore, e deve aspettarsene la decisione del magistrato.

Quanto alle *riserve:* inutili, non avrebbero alcun risultato; e il creditore, accettando il pagamento, può sconoscerle o disprezzarle. Utili e giuste, sono un diritto di chi paga, e non poche volte sarà anche necessario lo esprimerle. In ciò convengo colla dottrina di THOMINE, tom. II, n° 382, o di CHAUVEAU, q. 2732.

6. *Se durante il corso dell'arresto l'arrestato ricadesse in uno dei casi d'inibizione contemplati dall'art.* 2008 *del Codice civile, avrebbe diritto alla liberazione* (CHAUVEAU, q. 2739 bis).

7. *Della estrazione provvisoria del debitore dal carcere.*

Noi non troviamo nel nostro Codice una legge che permetta la scarcerazione del debitore per causa di sofferenza troppo penosa, di malattia, d'imminente pericolo della salute, e simili; ma dovrebbe bastare il trovarla scritta nel codice dell'umanità.

Un gran numero di decisioni delle Corti francesi, le convinzioni dei più illustri autori che scrissero di questa materia, di MERLIN, BERRIAT, FAVARD DE LANGLADE, COIN-DELISLE, concordano nel riconoscere il dovere che si ha di metter fuori di carcere il debitore per cause urgenti di salute, se negli stabilimenti carcerarii non fosse luogo opportuno per l'infermo o per quella infermità; per aria infetta, per minaccia di contagio, ecc. Convengo che nella brevità del tempo a cui oggi si circoscrive l'arresto personale (*), che nella mondezza dei luoghi, nelle comodità e nei sussidii d'ogni maniera che la civiltà procura (o dovrebbe procurare), il caso sarebbe fortunatamente assai raro. Nondimeno, stando nei limiti del nostro soggetto, diciamone qualche cosa. Perchè non si disponga arbitrariamente della persona del debitore che, per quanto sia umiliante il dirlo, è un pegno nelle mani dei creditori, la giurisprudenza francese esige che siano citati i creditori pei quali sta in carcere, e in contesto loro si discuta il valore delle prove e la necessità di tale misura. Deve quindi istituirsi un giudizio contraddittorio. Vero è che intanto la persona, oggetto della disputa, potrebbe morire.

Qualche disposizione a regolare questo movimento si trovava nella Legge del 4 vendemmiale, anno VI. Non si trattava di trasportare l'arrestato alla propria casa, ma in una casa di salute, in qualche ospizio che dovrebbe essere istituito per simili evenienze. Ma per un tale trasporto che non sarebbe altro che un mutar carcere, stando sempre in poter della legge e dei suoi vigili custodi, perchè dovrebbe farsi un giudizio, perchè dovrebbero esserci delle difese, perchè il magistrato, coi certificati dei professori sanitarii, non potrebbe ordinarlo? Non sarebbe piuttosto disposizione di regolamento interno?

Strane sentenze si videro su questo soggetto. Si pretesero delle sicurtà, delle cauzioni, consenso dei creditori per esercitare un ufficio di umanità. Il CHAUVEAU ne fa ad esse giusto rimprovero (in CARRÉ, quest. 2723).

Fin qui non troviamo che il carcerato abbandoni veramente il suo carcere; solo si vede

(*) In epoca più lontana poteva durare tutta la vita.

Digitized by Google

passare da un luogo di detenzione ad un altro più salubre e più tollerabile. Dice il CHAUVEAU, e può esser vero, che la sospensione dello stato d'arresto è possibile, e deve accordarsi in casi gravissimi, e, com'egli si esprime, di assoluta necessità. Decisioni in questo senso non credo che ce ne siano; se ne incontrano parecchie che negarono il diritto di estrazione dal carcere; vero è che i motivi addotti non sono che di fatto; respingono le cause relativamente deboli per cui se ne faceva la domanda, lasciando travedere il principio che non si trovò in quei casi applicabile (Corte di Parigi, 5 dicembre 1828, e di Douai, 7 dicembre 1830, *Journal du Palais*, 3ª ediz., t. XXII, pag. 434, e t. XXIII, pag. 924).

Articolo 772.

Il debitore è posto in libertà, se vi consentano i creditori, ad istanza dei quali trovisi arrestato o confermato in arresto.

Si fa risultare del consenso per atto ricevuto da notaro, o per dichiarazione fatta nel registro di cui nell'articolo 760.

L'atto di notaro è inserito dal custode nel registro stesso; la dichiarazione è sottoscritta dai creditori, da due testimoni aventi le qualità espresse nell'art. 594, e dal custode.

Articolo 773.

Il debitore è altresì liberato se giustifichi legalmente di aver compiuto l'età di anni sessantacinque.

Articolo 774.

Quando allo scadere del periodo per cui furono anticipati gli alimenti, non ne sia fatta una nuova anticipazione per un periodo successivo, in conformità dell'articolo 761, il debitore è immediatamente liberato dal custode, e non può più essere arrestato per lo stesso debito.

Annotazioni.

1. Le legislazioni si vennero mutando. Il vecchio art. 804 del Codice di procedura francese ordinava che, essendo stato prosciolto il debitore dal carcere per non fatto deposito dell'importo legale degli alimenti, non solo doveva essere ristorato delle spese, ma nel nuovo arresto, che si poteva ripetere, era posta condizione al creditore di dover depositare ai custode sei mesi anticipati. La Legge del 17 aprile 1832 con tutt'altro sistema decretò: « Le « débiteur élargi, faute de consignation des ali- « ments, *ne pourra plus être incarceré pour la même dette* (articolo 31 di detta legge). L'ordinamento dell'art. 804 della procedura francese era stato adottato dal Codice napoletano (articolo 887). Il Codice civile albertino accolse invece la mite decisione dell'ultima legge francese, e prescrisse nell'articolo 2122 che in questo caso *il debitore non poteva più essere carcerato per lo stesso debito*. La disposizione giaceva fuor di luogo: ora dal Codice civile è passata a quello di procedura ov'è il suo posto.

2. Una decisione della Corte di Bruxelles del 28 giugno 1821 (*Journ. du Palais*, 3ª ediz., tom. XVI, pag. 710) ordinò dovesse rimettersi in carcere il debitore ch'era stato liberato per difetto di deposito degli alimenti per errore di calcolo, perchè in effetto esisteva un regolare deposito. Se ci capitasse questo caso, farebbe forse ostacolo la legge che proibisce la rinnovazione dell'arresto per lo stesso debito? No: perchè non sarebbe colpa del creditore, ma del custode che fece male il conto. Quest'esempio ci spinge a domandare se la facoltà data al custode di liberare per sempre il prigioniero, senza intervento di magistrato, non fosse troppo ampia. Provato intanto in regolare giudizio l'errore incorso, e l'adempimento per parte del creditore, il debitore non avrà acquistato diritti, e dovrà rivedere la carcere. In tal caso non si dovrebbe ripetere le formalità preliminari dell'arresto, ma tutte le altre concomitanti e susseguenti l'atto di esecuzione dovrebbero essere osservate. Non avrebbe applicazione l'articolo 770.

3. Resta osservare l'effetto di questa legge rispetto a confirmatarii dell'arresto.

Il creditore che ha praticata la conferma è

obbligato contribuire alla metà degli alimenti (articolo 765). Ebbene egli ha fatto il suo dovere; ma il primo creditore vi ha mancato. In effetto però il carceriere, all'ultimo del mese non trovandosi in mano che la metà della somma che dovrebbe avere, secondo il rigore dell'articolo 774, egli dimette il carcerato. Può farsene carico al custode? Può dirsi illegittima la liberazione? Non pare, poichè rimpetto allo stabilimento carcerario la metà della pensione, ossia l'anticipazione di quindici giorni, non equivale all'anticipazione per giorni trenta. Nonostante si sente la mancanza di una disposizione che avrebbe dovuto riparare lo sconcio; perchè il custode non sarebbe tenuto ad avvertire il creditore confirmatario ignaro d'ogni cosa, e che sarebbe pronto ad integrare il deposito? L'articolo 765, capoverso 2, dice bensì che *le somme depositate non possono esser ritirate dal deponente se non avvertendo dieci giorni prima gli altri creditori*. Ma qui non si tratta di *ritirare le somme*, ma di non pagarle: e niun obbligo è perciò ingiunto al creditore, che dal canto suo è punito nelle conseguenze. La legge insomma non provvede. Per evitare il danno della liberazione, il creditore confirmatario dovrebbe allo scadere di ogni periodo, depositando il suo quoto, curare il deposito delle altre parti, e surrogarsi al mancante; premio della sua diligenza sarebbe che per questo titolo il debitore non potrebb'essere liberato.

Ma pure liberato, saranno forse i confirmatarii colpiti dalla dichiarazione dell'art. 774?

La questione è stata esaminata, e si è con ragione deciso che la sanzione non percuote che quel creditore che ha mancato all'obbligo del deposito; e la proibizione del nuovo arresto non è riferibile che allo *stesso credito* (Fœlix, pag. 62; Coin-Delisle, pag. 110, n° 3; Chauveau, quest. 2750 bis).

Articolo 775.

Il debitore è altresì liberato dal custode allo scadere della durata dell'arresto.

Articolo 776.

Nei casi indicati negli articoli 771, 772 e 775 il debitore che voglia essere liberato deve presentare la domanda al pretore o al presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione si trova in arresto, secondochè i debiti, pei quali fu arrestato o confermato in arresto, eccedano o no la somma di lire mille cinquecento.

La domanda è sottoscritta dal debitore. In fine di essa il custode certifica la consegna delle somme di cui nell'articolo 771.

Devono unirsi alla domanda i documenti indicati negli articoli 772 e 773. Per la dichiarazione fatta sul registro a norma dell'articolo 772, basta una copia di essa sottoscritta dal custode.

Annotazioni.

1. *Se e quando possa il custode di suo moto liberare dal carcere il prigioniero, e quando si ricorra al magistrato.*

La legge francese non si è pronunziata chiaramente, ed ha lasciato luogo a diverse opinioni, delle quali più avanti daremo un cenno. Vediamo lo stato della precedente legislazione in Piemonte precedente le riforme del 1859.

Le stesse cause di liberazione, quantunque confusamente indicate; alcune omesse. Alcuni *ordini di rilascio* erano nella competenza del presidente: quando aveano per causa *il consenso dei creditori; il difetto di anticipazione degli alimenti; il non essersi dal creditore intentata l'azione formale di pagamento del credito entro otto giorni, trattandosi di arresto provvisorio*, allora permesso (articoli 890, 891, 892 di quel Codice). *In tutti gli altri casi* si doveva ricorrere *al tribunale del luogo in cui il debitore è arrestato* (articolo 894), citati i creditori.

Quella tendenza che in ogni parte della nuova legge traspira, di mitigare la condizione dell'arrestato, ha creato certe distinzioni nuove sulla facoltà di rilasciarlo; in alcuni casi vedesi sottratta all'autorità giudiziaria e buonamente affidata allo stesso custode delle carceri, e sono quelli alla lettera indicati negli art. 774 e 775.

Anche la dottrina francese, nella oscurità di quella legislazione, aveva sentito che, rimpetto a certe condizioni di cose per sè dimo-

strate, non dovrebb'esitarsi di conferire al custode immediatamente la facoltà del rilascio, e s'indicavano gli art. 798, 800 di quel Codice con che si dava invero a tale potere del custode una grande estensione, comprendendo l'articolo 800 le cause più importanti e gravi della liberazione (Demiau-Crouzilhac, pag. 484 e 485; Lepage, *Quest.*, p. 533; Carré, p. 2736). In effetto, si diceva, le cause dell'arresto erano cessate; e il custode si farebbe reo di detenzione arbitraria col prolungarla. Con ciò per altro non si escludeva il ragionevolo rifiuto del custode in caso di dubbio; ed allora il ricorso al presidente era di diritto; ricorso stragiudiziale, e la risoluzione del presidente qualificavasi una misura di polizia. Aggiungevasi alle altre cause quella del termine dell'arresto, che è il soggetto del nostro articolo 775, la meno suscettibile di contestazione.

L'articolo 776 è preciso nell'avvisare a quali casi si richiegga l'intervento del giudice. Il pretore o il presidente pronunziano sulla semplice domanda del debitore, senza concorso delle parti, in via del tutto interna e stragiudiziale.

2. Ma il presidente o il pretore decidono forse a questo modo ogni questione di diritto che può presentarsi, anche gravissima, sulla liberazione del debitore?

È ciò che io non posso credere. Darò in prima a questa opinione un appoggio che chiamerò tecnico, tolto dal seguente articolo 777. Ivi si suppone una questione giudiziale e la pronunciazione di una sentenza. La questione difatti può esistere *in re ipsa*, e presentarsi al giudice in guisa che non potendo risolverla senza contraddizione degli interessati, ordini egli stesso la citazione avanti il tribunale; o se questo giudice è il pretore, avanti di sè in sede contenziosa (*). La questione poteva essere sollevata dai creditori, quando si presentò la domanda della liberazione; e allora, dal caso in fuori di evidente diritto, il giudice se ne rimette egualmente alla via contenziosa. Finalmente anche dopo la liberazione può sorgere la disputa per parte dei creditori, e l'annullamento dell'atto di liberazione potrebbe esserne l'oggetto.

Gravi controversie difatti possono formarsi sotto l'apparente semplicità di codeste disposizioni della procedura. Fu veramente pagato tutto il debito con tutti i suoi accessorii, ad esaurimento dell'articolo 771? Vi è l'assenso formale, semplice, incondizionato dei creditori giusta l'articolo 772? Le varie contestazioni delle conferme altre questioni possono suscitare; ed altre ancora potrebbero sorgere dagli articoli 2096, 2103, e dai due seguenti del Codice civile, estranei, o almeno non considerati nelle norme della procedura.

Già il richiamo che abbiamo fatto a suo luogo dell'articolo 2104 dello stesso Codice ci ammoniva che una disposizione *sui generis*, e pertinente alla procedura, era scritta nella legge civile, ove la competenza è variamente regolata, secondo quel modo di pagamento sia proposto dal debitore *prima* o *dopo l'arresto*. Quantunque la pubblicazione del Codice di procedura sia posteriore, non sarà chi possa dubitare della permanente autorità dell'articolo 2014, cui il Codice di procedura non ha derogato, nè potuto derogare in veruna parte. Questi regolamenti difatti si svolgono dal fondo della legge civile e da' suoi normali dettati, li rappresentano sul campo dell'azione, con essi si spiegano, ad essi costantemente si riferiscono. Non un articolo della procedura si mette in contrasto, neppure indiretto, coll'articolo 2104.

Ciò che è molto notevole, in fatto di competenza, si è che questa legge non riconosce che quella sola del *tribunale civile*, ed esclude la pretoriale senz'appellazione di valore, forse perchè la complicazione che va a prodursi da quel disposto, è tale che esige una più completa garanzia giudiziaria. La legge avrà avuto la sua buona ragione per risolvere altrimenti, ove la domanda *sia anteriore all'arresto*.

3. Poichè siamo tornati sul discorso di quell'articolo, facciamo attenzione sull'esito del non eseguito pagamento, che è di rimettere il debitore in balìa dei creditori, che possono nuovamente farlo sostenere *per la compiuta esecuzione della condanna*.

Il benefizio ottenuto ed abusato fa sì che non si avrà alcun riguardo al pagamento in parte eseguito per quanto concerne la durata dell'arresto, salvo di computare il tempo già passato in carcere (**).

Altro corollario può dedursene; che i creditori non hanno obbligo di esentere le cautele, prima di procedere al nuovo arresto, rendendosi ciò manifesto dalle ultime parole, *ferme le cautele dategli* (al creditore) *per la sospensione dell'arresto*.

Ma se si fossero già esercitate le azioni o

(*) Anche in relazione alla regola dell'art. 570.
(**) Si osservi come questa dottrina si concilii con quella apparentemente diversa esposta al n° 4, Annotazioni all'articolo 771.

ipotecarie o contro i fideinssori, ciò forse importerebbe rinnnzia alla facoltà dell'arresto personale?

Credo doversi risolvere in qnesto modo. Che *una via electa* non si possa interrompere il giudizio civile per convolare bruscamente alla esecuzione personale, ma doversi esaurire le cauzioni e, sono anche d'avviso, inchiudere accettazione di qnella maniera di pagamento, e più non potersi rinnovare l'arresto.

Cosa evidente che i fideiussori, anche solidali, non incontrano che un'obbligazione comune, sebbene si facciano mallevadori di nn credito che può scontarsi coll'arresto dal debitore principale.

Articolo 777.

Le sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto o la liberazione del debitore possono, anche d'uffizio, essere dichiarate esecutive non ostante appello.

L'appello dalle delle sentenze deve proporsi entro giorni quindici dalla fattane notificazione.

Annotazioni.

1. Raccogliamo i diversi modi di sentenziare che hanno luogo in fatto di arresto personale.

a) Sentenze definitive e passate in autorità di cosa giudicata, ordinanti l'arresto (articolo 750, in principio).

b) Sentenze appellabili, che ordinano la esecuzione provvisoria dell'arresto (Ivi).

c) Ordinanze dei presidenti e pretori nei casi dell'articolo 776.

d) Sentenze dei tribnnali civili e dei pretori in sede contenziosa negli stessi casi.

e) Sentenze dei tribunali civili sotto il governo dell'articolo 2104 del Codice civile.

2. Ora che esaminiamo le vie d'impugnazione delle sentenze, notiamo che il debitore, contro il qnalo fn eseguita la sentenza provvisoria d'arresto, può domandare incidentalmente, o in via sommaria, la sna scarcerazione per analoga applicazione dell'articolo 484.

Questo articolo fn cauto di avvertire che la *inibizione*, che in materia di arresto si traduce in liberazione (*), si accorda dimostrandosi che la esecnzione provvisoria venne ordinata *fuori dei casi dalla legge indicati*. E la legge difatti li indica codesti casi (art. 363). Niuna disposizione regge la esecuzione provvisoria delle sentenze d'arresto. Noi sappiamo che i giudici possono ordinarla: per qnali cause, civilmente parlando, non sappiamo. Pei giudizi di commercio si ha l'articolo 409 della procedura civile, che avvisa la speciale proprietà di tali giudizi di essere eseguibili provvisoriamente, certo per la materia loro; ed ivi è appunto che l'arresto persouale può considerarsi come un mozzo ordinario di esecuzione fra' commercianti (**).

In tale stato della legislazione il magistrato d'appello non avendo regole fisse cui attenersi (***), non accorderà per altro la scarcerazione provvisoria che alla dimostrazione di un chiaro e forte gravame, e principalmente se si vedesse di tratto che non era il caso di decretare l'arresto personale.

Se la causa è portata in rivocazione o cassazione, l'arrestato non può sperare la sua dimissione provvisoria, sino al termine del giudizio. È chiaro che la Corte snprema, cassando la sentenza, non pronunzia snl fatto della scarcerazione, il che dipende dal magistrato di rinvio.

3. Più facile accordare *incidentalmente* la scarcerazione provvisoria (equivalente, come si disse, alla *inibizione*) nei casi ordinarii, se *la condanna fu contumaciale*.

Ne faccio nóta per raccomandare alla memoria, che sino a qneste ultime regioni della *esecuzione personale* domina la rogola generale scritta nell'articolo 574.

4. Nel Codice del 1859 (articolo 895) fn provveduto ad nn grave bisogno della legislazione, stanziando che *le sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto* possono dichiararsi provvisoriamente eseguibili. In Francia, ove la legge tace, se n'era sentito il bisogno dalla giurisprudenza; dalla giurisprudenza che porta avanti, se mi accordate il permesso di dir così, la bandiera del diritto progressivo, e inaugura,

(*) Come l'unico modo d'impedire che la esecuzione provvisoria *abbia seguito*.
(**) Speciale è pure la disposizione dell'articolo 731 del Codice di commercio.
(***) S'intende in questioni civili, non commerciali.

per virtù di esperienza, le future riforme. Noi impazienti d'attualità e bramosi di cose nuove, mutiamo leggi ad ogni volger di luna; i Francesi, e più di loro gl'Inglesi, si attaccano al passato, e si fanno oltrepassare dalle idee senza inquietarsene: se sia un bene o un male, io non lo so. Intanto i giuristi francesi, su ciò che determina il Codice sardo del 1859 e il nostro articolo 777, si dibattono ancora con discordi opinioni (DEMIAU, pag. 486; THOMINE, tom. II, pag. 389; PIGEAU, *Comment.*, tom. II, pag. 482; CARRÉ, quest. 2739, ecc.).

5. Le sentenze che *pronunziano la nullità dell'arresto* o *la liberazione* del debitore sono appellabili, dice il nostro articolo 777: ma lo saranno quelle eziandio che *rigettano la domanda di nullità*, e nello stesso termine di quindici giorni.

La causa d'appello è sempre fra il debitore e i creditori che lo tengono in arresto. Il campo di questione è circoscritto fra loro. Il creditore ha dovuto eleggere il suo domicilio giudiziale (articolo 758, n° 2), e a quello saranno notificate le citazioni d'appello.

FINE DEL LIBRO SECONDO

Digitized by Google

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

LIBRO TERZO

Digitized by Google

Digitized by Google

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO TERZO

DEI VARI PROCEDIMENTI SPECIALI

TITOLO I.

DISPOSIZIONI COMUNI PER LE MATERIE DA TRATTARE IN CAMERA DI CONSIGLIO

Articolo 778.

Si provvede in camera di consiglio:

1° In materia di giurisdizione volontaria, salvo che la legge stabilisca diversamente;

2° Nelle altre materie da trattare senza contradditore;

3° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

1. Quando si dice *materia di giurisdizione volontaria*, c'intendiamo subito; se si domandasse spiegazione del nome, la miglior risposta sarebbe che si chiama così per opposizione alla *giurisdizione contenziosa*. Il nome è antico, e ci deriva dalle leggi romane (*). Diverso il meccanismo della competenza, più esteso l'esercizio della giurisdizione volontaria; simile il significato della parola. Difatti la Leg. 2 Dig. de officio procons. pone in evidenza la notata antitesi; ma qualche particolarità storica che si annette a quel sistema, produce una certa differenza sulla forma stessa dei due esercizi. È noto che i proconsoli erano dei magistrati *provinciali*, ed esercitavano giurisdizione contenziosa nella loro provincia, ordinariamente per mezzo di legati (Leggo 4 eod.). Ma per esercitarla legalmente era d'uopo essere nel territorio, nella provincia assegnata; all'incontro la giurisdizione volontaria potevasi fungere dal proconsole *statim quam urbem egressus fuerit*, come si esprime MARCIANO nel citato frammento; e così fuori del territorio nel quale si circoscrive l'impero del magistrato, osservazione che non è sfuggita a MERLIN. Tutto ciò non proverebbe altro fuorchè la giurisdizione contenziosa e la volontaria sono due modi diversi dell'esercizio del potere

(*) « Statim quam, urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, *non contentiosam sed voluntariam*... » Leg. 2 Dig. de offic. procons.).

giudiziario, ma resta a sapersi la ragione essenziale di codesta varietà.

La giurisdizione volontaria suol dirsi essere necessaria *quoad judicem*, ma si esercita *inter volentes*, ed ecco perchè il diritto romano, nella indefettibile sua logica, ammetteva l'uso di questa facoltà anche *extra territorium*, poichè non operando *in invitos*, non s'imponeva, non limitava la libertà giuridica di vernno; si presentava piuttosto come un soccorso e un benefizio dei postulanti.

La nostra legge dice *in materia di giurisdizione volontaria*, non la definisce, e non importa: la scienza risponde (*). Ma nei due numeri che stanno a costa fa divedere: 1° che in Camera di consiglio si trattano anche materie che alla volontaria giurisdizione non appartengono; 2° che non tutte le materie tenenti alla volontaria giurisdizione si trattano in Camera di consiglio; 3° che vi sono materie che si giudicano *senza contraddittore*, e nondimeno hanno altro carattere che di giurisdizione volontaria.

Per noi ogni giurisdizione è territoriale. Gli uffizi della giurisdizione non contenziosa ora appartengono al tribunale civile, ed ora alla Corte, come mostreremo un po' più avanti, ma la loro potestà non sorpassa il limite del loro territorio rispettivo; ed è subordinata, come ogni altra, al sistema generale distributivo della competenza dei singoli magistrati.

2. Entriamo un po' più addentro nella partizione di codesti uffizi, secondo il sistema della nostra legislazione.

L'esercizio della giurisdizione volontaria, propriamente detta, è quello che meno affatica il magistrato in Camera di consiglio (**). I contratti dei minori, gli atti di emancipazione, di adozioi e e simili, sono per regola deliberati dai Consigli di famiglia, proponente il tutore o protutore, l'adottante o l'emancipante, con atti cui assiste o presiede il tutore o qualche altro singolare magistrato (art. 301, 311, 313, ecc., del Codice civile). Ciò spiega quella riserva del n° 1 dell'articolo 778, *salvo che la legge non stabilisca diversamente*. Non vorrei dimorar troppo in una ricerca di tenue interesse; ma parmi siano ben pochi i casi in cui la legge *non stabilisca diversamente*.

Frequente, è vero, è la formalità dell'omologazione del tribunale rapporto a quegli atti ed altri ancora che hanno un carattere alquanto diverso (articoli 275, 276, 293, 301, 311, 313 del Codice civile): formalità che è insieme un giudizio di approvazione o di negazione che rende il tribunale in Camera di consiglio; ma noi già siamo fuori della cerchia degli atti di volontaria giurisdizione, ed entriamo nel n° 2 del nostro articolo.

Sono queste *le materie che si trattano senza contraddittore*, e perciò senza forma prescritta, e si risolvono con decisione interna, che non ha carattere di sentenza nel senso prettamente giudiziale; ed è questa la maggior mole di affari che si versa nelle Camere di consiglio.

Sono atti fuori della giurisdizione volontaria, ma offrono anche fra loro delle varietà; rassegnarne alcune non sarà tempo perduto.

Pare che si possano distinguere in sei classi.

a) Deliberazioni che compiono e perfezionano la personalità giuridica degli incapaci, quali sono gli atti di omologazione ai quali si riferiscono i sopra citati articoli del Codice civile. Può aggiungersi l'articolo 876 della procedura.

b) Deliberazioni che riguardano materia contenziosa di sua natura, ma per circostanze speciali di convenienza sono trattate in Camera di consiglio dal tribunale o dalla Corte. Si pronunziano vere sentenze (articoli 125, 130 della procedura).

c) Deliberazioni del genere amministrativo (articoli 793, 794, della stessa).

d) Ordini che, per l'interposizione dell'autorità del magistrato, servono a completare pubblici uffizi, atti d'interesse generale, di decoro e convenienza famigliare (articoli 798, 845, 811).

e) Facoltà di esercitare azioni giudiziali (articoli 801, 802, 787).

f) Atti sperimentali che tendono a stabilire materiali di prova, a preparare risoluzioni definitive (articoli 401 e 838).

Onde emerge eziandio la ragione del n° 3 dell'articolo 778, perchè in realtà non è neppur sempre vero che codesti affari che si trattano in Camera di consiglio siano solitarii, e manchino dell'intervento delle varie parti interessate *V.* articolo 845.

(*) Il Foelix, in un bel passo che è troppo lungo perchè si possa qui trascrivere, ha questo concetto che il carattere essenziale della differenza che esiste fra la giurisdizione volontaria e contenziosa si è questo: che nella volontaria gli atti si reputano *opera della parte stessa*, ai quali il giudice non fa che imprimere l'autenticità: quando nella contenziosa il giudicato emana direttamente dal giudice (*Droit international*, n° 316).

(**) È questo il tema è cui dobbiamo stringerci, perchè è quello dell'articolo 778.

Articolo 779.

Per le materie da trattare in camera di consiglio si presenta ricorso nella cancelleria dell'autorità giudiziaria competente, col documenti relativi.

Il cancelliere presenta, non più tardi del giorno successivo, il ricorso coi documenti al presidente che ne ordina la comunicazione al ministero pubblico, se questo debba esser sentito, e delega un giudice per riferire in camera di consiglio nel giorno stabilito nel decreto.

Annotazioni.

Quando è che il Ministero pubblico dev'essere sentito? *V.* gli articoli 793 della procedura, e 21 del Codice civile; 798 della procedura, 75 e 98 del Codice civile; 801, 836, 845 della procedura.

Articolo 780.

Nel termine di ore ventiquattro dalla data del decreto o in quel termine minore che sia stabilito, il cancelliere deve trasmettere gli atti al giudice delegato.

Quando debba esser sentito il ministero pubblico, gli atti sono prima comunicati a lui nel detto termine per le sue conclusioni; queste si devono scrivere in fine del decreto. La trasmissione degli atti al giudice delegato ha luogo subito dopo la restituzione fattane dal ministero pubblico alla cancelleria.

Articolo 781.

Sulla relazione del giudice delegato, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti di ragione.

Contro questi provvedimenti si può proporre reclamo all'autorità giudiziaria superiore, osservate le forme indicate nei due articoli precedenti, salvo le disposizioni speciali della legge.

Annotazioni.

Per regola, dalle deliberazioni delle Camere di consiglio si accorda il reclamo.

Termine non è prefisso; e ciò è della natura di siffatti giudizi non contraddittorii, non essendoci, generalmente parlando, un avversario che, per virtù di tempo, acquisti il diritto della irrevocabilità del giudicato (Vedi però l'articolo 845). Se l'affare si trovasse pregiudicato, l'autorità superiore non si troverà più in condizione di poterlo risolvere; nondimeno, se riparo ci fosse, se un migliore indirizzo potesse prendersi, data la qualità dei fatti e delle circostanze, il magistrato che non decide di diritti e non ha per iscopo il *giusto*, ma il *bene*, eserciterà tuttavia il suo potere provvidenziale.

È importante avvertire che, quantunque l'articolo 781 sembri presentare una regola generale, vi hanno però dei casi in cui *il reclamo non si concede*, avvisandone quella clausola, *salvo le disposizioni speciali della legge.* Uno dei casi eccettuati è quello dell'art. 787. All'incontro la regola dell'art. 781, e quella ancora del seguente art. 782, può ricevere una estensione.

Contro i provvedimenti delle Camere di consiglio si accorda reclamo all'*autorità superiore;* prudente e saggia disposizione che si deve sempre seguire, ove l'ordinamento speciale a date materie non resista, come nel caso indicato. Anche i giudici singolari hanno la loro *Camera di consiglio*, il loro gabinetto ove deliberano delle materie stragiudiziali, o giudiziali non contenziose; e non è la sala d'udienza. Hanno insomma quelle che possono dirsi *deliberazioni interne.* Ebbene: da tali deliberazioni del conciliatore o del pretore è assicurato il reclamo al pretore o al presidente del tribunale rispettivamente, almeno per regola generale, di cui non nuovo ma ulteriore esempio è nell'articolo 782.

Se non vi ha propriamente deliberazione

della Camera di consiglio, è chiaro non ci sarebbe materia al reclamo (articolo 814). Altro esempio è nell'articolo 401, pel quale il tribunale di commercio non fa che interrogare in Camera di consiglio, ove occorra, l'uno o l'altro dei contendenti.

Articolo 782.

Quando nelle materie di giurisdizione volontaria sia competente il pretore, il ricorso è presentato a lui coi documenti relativi.

Contro il decreto del pretore può proporsi reclamo al presidente del tribunale civile.

Annotazioni.

1. Qui la legge cangia, certo non senza ragione, il vocabolo di *reclamo* in quello di *ricorso*. Anche nell'art. 778 si chiama *ricorso* la istanza che si fa alla Camera di consiglio onde deliberi sulla vertenza. Ogni *ricorso* eccita la interposizione del magistrato o per regolare l'ordinamento dei giudizi e l'esercizio di certe azioni (articoli 50, 51, 789, 925, ecc.), o per esonerarsi da obblighi che si credono indebiti (articolo 62), ed anche perchè sia diversamente provveduto rapporto a certi affari di privato interesse, e compresi nella giurisdizione volontaria. Il *ricorso* di quest'ultima maniera (di coi si parla nell'articolo 782) ha qualcosa che partecipa del *reclamo*, ma tale non è, perchè il reclamo è sempre un *ricorso di secondo grado*, e suppone un gravame inferito da una decisione di magistrato.

Ove il pretore è competente *per volontaria giurisdizione*, giusta il nostro articolo, egli suole intervenire *col Consiglio di famiglia*, e con esso deliberare. Ricordo gli articoli 249, 250, 251, 253 e seg. del Codice civile, 812 della procedura. Se ne eccettua il caso della emancipazione (articolo 311 del Codice civile), del quale si parlerà fra poco.

Quando è che si propone *ricorso* al pretore, quando è che si propone *reclamo* dalla risoluzione del pretore? Se il pretore ha speso in un modo qualunque la sua autorità, assumendo la cognizione dell'affare e deliberando, è egli forse, come si direbbe, pregiudicato, onde non possa ulteriormente interloquire nell'affare medesimo, in guisa che debba sempre farsi luogo al reclamo?

L'esempio più solenne può esser quello del Consiglio di famiglia nel quale ha avuto parte.

Il pretore siede in mezzo al Consiglio di famiglia come magistrato, ne esercita le funzioni, investito di una delicata e importante missione sociale: quella di tutelare il patrimonio dei minori e degli incapaci. Tuttavia la deliberazione del Consiglio di famiglia non è opera sua, non è la sua decisione; egli, a rigore di termine, n'è il presidente con facoltà di voto.

La deliberazione del Consiglio di famiglia è un atto complesso; una vera decisione domestica, ove l'elemento autorevole ha una parte sostanziale: il quale elemento autorevole è piuttosto guarentigia morale della bontà e saviezza dell'atto, di quello che condizione della sua legittima efficacia; onde, generalmente parlando, conviene invocare dal tribunale la omologazione (articolo 814 del Codice di procedura). Sembra adunque che la giurisdizione del pretore rimanga esaurita col suo intervento e concorso nella deliberazione del Consiglio di famiglia; e da quel punto in poi cessi ogni materia di *ricorso* al pretore medesimo. Non sembra neppure potersi far luogo a *reclamo*, giacchè contro la deliberazione del Consiglio di famiglia, presieduto dal pretore, non s'interpone propriamente un reclamo nel senso del presente articolo 782, ma altri rimedii porge la legge, come vedremo a suo luogo (articolo 814 e 815).

È vero: il pretore, come parte dello stesso Consiglio, manca di autorità per approvarlo o censurarlo efficacemente; perciò se ne fa istanza al tribunale superiore. Ma l'art. 782 ha l'ampiezza che è necessaria per comprendere tutte le eventualità minute, indefinibili, più o meno pressanti, che occorrono durante l'esercizio della volontaria giurisdizione, e per le quali veramente si *ricorre* allo stesso pretore.

Si ricorre al pretore *per la convocazione del Consiglio*. Il pretore crede che non si faccia luogo, o per incompetenza, o per difetto della materia da trattarsi nel Consiglio di famiglia, e nega la convocazione. Si fa luogo al *reclamo*. Entrano o pretendono di entrare nel Consiglio persone che si reputano incompetenti, escluse dalla legge; si ricorre al pretore perchè decida. La sua determinazione è soggetta a reclamo. Anche dopo la definitiva deliberazione del Consiglio di famiglia, se sorgono difficoltà

Digitized by Google

d'esecuzione, o maniere diverse d'intenderla, il pretore risolve: e di nuovo si apre la via al reclamo. Vi è dunque un senso assai largo e indefinito nell'articolo 782.

Qualche altra osservazione debbo rinviare ai citati articoli 814, 815 e 845.

Ho notato il caso dell'articolo 311 del Codice civile. Ivi il pretore o fa parte del Consiglio di famiglia, se esso è autore della emancipazione; o autorizza l'atto, se proposta e offerta dal padre. La istanza dell'emancipazione ha pur essa carattere di *ricorso* quando siavi qualche punto da risolvere relativamente all'oggetto; differenze che si presentino per la formazione dell'atto, o per la sua esecuzione, provocano dei *ricorsi* onde nasce in conseguenza una risoluzione che può ammettere *reclamo*.

La disposizione di quest'articolo è dunque pienamente giustificata.

TITOLO II.

DELL'AZIONE CIVILE CONTRO LE AUTORITÀ GIUDIZIARIE E GLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO

Articolo 783.

Le autorità giudiziarie e gli uffiziali del ministero pubblico sono civilmente responsabili:

1° Quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode, o concussione;

2° Quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti, o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato d'esser decisi;

3° Negli altri casi dichiarati dalla legge.

Annotazioni.

1. *Considerazioni generali sulla essenza e sui caratteri di questa istituzione.*

a) L'oggetto di questa istituzione non è la revoca o l'annullamento di una sentenza, ma una riparazione, un'emenda contro la persona stessa del giudice o dell'uffiziale del pubblico Ministero, che con fatti indegni della nobile ed alta sua missione ha prodotto alle parti un danno irreparabile.

A cominciare dal francese, i precedenti Codici di procedura che accettarono nelle loro pagine questo istituto, lo collocarono *fra i mezzi d'impugnazione delle sentenze*, e non essendo graduabile fra essi, stimarono di portarne il titolo *dopo il ricorso in cassazione*, così mostrando di non averne un chiaro concetto in mente. Il nostro legislatore ha veduto anche questo, onde ha creduto meglio di porlo fra le estravaganti, ossia fra quelle disposizioni dette *speciali* che non potendosi collegare con una certa armonia al sistema, vengono isolate a presentarsi in questo ultimo Libro.

Ciò che a prima vista fa una qualche sorpresa, è il vedersi fatto soggetto di un giudizio civile, materia nefanda che il Codice penale ha reclamata e colpita di gravi punizioni, come può vedersi agli art. 217, 218, 235, ecc. Tanto più che l'azione penale che deriva da tali fatti è in dominio, o, se meglio vuol dirsi, fra i doveri del pubblico Ministero, che non potrebbe permetterne la impunità. Ma cessa ogni sorpresa quando si comprenda esattamente la ragione di questo istituto della procedura, e perciò è necessario risalire alla stessa legge penale.

Nella Sezione III, Capo II, Titolo II del Li-

bro II del Codice penale (*) si contempla il reato *della corruzione dei pubblici ufficiali*, ed ivi è compresa penalmente la materia cui si accenna nel n° 1 del nostro articolo 783. Indi nel § 3 del seguente articolo 235 è scritta la pena che si applica *a qualunque giudice e a qualunque autorità amministrativa che ricusi di esercitare un atto del suo ministero*, o *di fare giustizia alle persone che l'avranno richiesto*, ecc.

Ciò per quanto riguarda la penalità. All'azione penale corrisponde sempre un'altra azione, privata, sostanzialmente indipendente (**), l'azione del danno patrimoniale (articolo 1° del Codice di procedura penale). Ecco adunque degli ordinamenti che contengono tutte le esigenze di diritto; contengono l'indirizzo penale a carico del giudice prevaricatore e corrotto; contengono la norma generale di procedere dei danneggiati nell'esercizio dell'azione civile.

I Francesi hanno dato a questa stessa azione civile un nome particolare, ed è la *prise à partie*. Propriamente parlando, la *prise à partie* è un'azione che si dà alla parte contro il giudice *reo di rifiuto di giustizia*. Il rifiuto di giustizia è per sè una prevaricazione; è il violare la missione di giudice e un falsare il nobile e santo suo scopo. In tempo antichissimo, ma più ancora nel medio evo, la *ingiustizia* si parificava al *rifiuto di giustizia*, quasi la negazione di essa. BEAUMANOIR ci conservò le costumanze dell'epoca nella quale i giudici dovevano scendere colle armi in campo a sostenere le proprie decisioni. La civiltà insegnò che si dovevano attaccare le sentenze dei giudici, e non le persone dei giudici; l'errore li ricoperse del capace suo manto, e li sottrasse da ogni risponsabilità personale, perchè chi erra non delinque. Nondimeno il *rifiuto di giustizia* si considera ancora come un reato, concorrendo caratteri di coscienziosa perversità che i Codici descrivono; e ne formano la sostanza. Intanto che ha fatto di più il Codice di procedura?

Il Codice di procedura non si occupa dell'azione penale che non gli appartiene, ma soltanto dell'*azione civile*, di quella cioè che spetta al danneggiato, secondo le norme generali della procedura penale. Ma qual bisogno vi era di occuparsene specialmente? Vediamolo.

Si è voluto:

1° Far emergere più chiara e confermare di una nuova sanzione la regola dell'emenda del danno contro chi vi ha dato causa con un suo fatto colpevole; e si è ancor meglio spiegato ed applicato il contenuto degli art. 229 e 235 del Codice penale.

2° Presentare distinti i caratteri e le condizioni del *rifiuto* di amministrare giustizia, che noi dividiamo dal dolo e dalla frode generale; o si direbbe una specialità dello stesso dolo generale del giudice (***).

3° Indicare le *modalità del procedimento* relativamente alle persone indicate e contemplate in questa Sezione: oggetto proprio, oggetto immediato della procedura.

Pertanto l'*azione civile*, materia di questo Titolo, non è cosa nuova nel fondo, non è una instituzione creata dalla procedura civile; *ma è la stessa azione civile attribuita a chiunque è danneggiato da un reato*; indipendentemente dalla penalità, *enunciata generalmente dalla procedura penale, ma regolata, disciplinata e condotta in un modo particolare*, quando si tratta *di autorità giudiziarie e di ufficiali del pubblico Ministero*.

Ne segue che quantunque ogni altro funzionario, ogni altro agente giudiziario e amministrativo sia colpito di pena per le sue prevaricazioni, e debba anche rispondere personalmente del danno recato in forza dell'azione civile (****). *Il modo di esercitare l'azione civile* contro di essi è quello generalmente statuito, e non è governato da un rito speciale.

Così dichiarato l'oggetto dell'istituto in ordine al sistema della procedura, non è fuor di luogo, anzi conferisce alla pienezza di una nozione, che non si troverà, io credo, in altri libri, il vedere ancora quali possano essere le condizioni giuridiche e teoriche dell'esercizio di quell'azione, rispetto ai *giudici*, nella loro individualità; appresso verrà anche il parlarne per quanto riguarda gli enti collettivi (*V.* l'articolo 785).

2. *Dell'esercizio dell'azione civile contro i giudici individualmente, nell'aspetto teorico.*

La prima questione che si deve risolvere ella è, se prima di esercitare questa odiosissima azione, sia d'uopo che il giudizio sia stato completamente esaurito con tutti i rimedii di impugnazione che offre la provvidenza della legge.

La proposta questione ne suscita un'altra,

(*) Io scrivo vigente ancora il Codice penale del 1859.

(**) BORSARI, *Trattato dell'azione penale*, § XXIX, n° 126 e seg.

(***) *Subbiettivamente* è troppo grande la differenza fra codesti due modi di operare del giudice, come osserverò più avanti.

(****) La cui significazione tecnica è l'antitesi dell'*azione penale*, esprimendone la differenza (BORSARI, *Trattato dell'azione penale*, n° 95).

che ha il diritto alla priorità; se sia realmente necessaria la esistenza di un giudicato per intentare contro il magistrato l'*azione civile*. E rispondo *non essere necessaria*.

Può immaginarsi (e Dio ci guardi che mai questo caso avvenga) che il *dolo*, la *frode* o la *concussione del giudice* si attraversi talmente all'esercizio legittimo di un diritto, che assolutamente lo impedisca e tolga la speranza di far valere l'azione corrispondente. Un giudice ribaldo ha fatto opera di conserva colla parte interessata per far sparire o distruggere un documento esibito in causa: il documento fondamentale, unico, e senza compenso di altre prove. Il giudizio diventa impossibile.

Perciò la legge non parla mai di un giudicato che siasi pronunziato per effetto di dolo, frode e concussione: ma solamente di fatti apparsi e commessi *nell'esercizio delle funzioni*, infetti di questa turpezza.

Io pongo qui una capitale avvertenza. Si tratta di un giudizio civile, riteniamolo: non di un giudizio penale. *Non si tratta di perseguitare il reato, ma di ottenere il risarcimento di un danno* (*). La prova adunque del danno, come oggetto dell'azione, deve stabilirsi ed aversi come essenziale: non basta la verificazione del fatto criminoso.

Un giudice al cui tribunale io sono per portare una importantissima lite, si è lasciato corrompere, ha ricevuto danaro dal mio avversario, o mi attende al varco. Ma io sono avvisato, e lo prevengo intentandogli contro l'*azione civile*. È ammissibile quest'azione? No: il reato esiste, ma io non ho ricevuto danno dal fatto suo o perchè la lite indipendentemente da ciò è stata composta con una transazione, o perchè, fortunatamente, quel giudice non fece parte della Sezione giudicante, o fu trasferito altrove. La parola *giudice* ha in questo istituto un senso d'attualità; e s'intende il *giudice della mia causa*.

Il giudice della causa è stato corrotto; ma nell'atto pratico gli mancò l'animo per eseguire la meditata ingiustizia; o tenuto in freno da' suoi colleghi, diede bensì un voto ingiusto, ma non valse perchè fu vinto dalla maggioranza. La corruzione non ha prodotto i suoi effetti: nel caso superiormente accennato potrebbe qualificarsi come un conato abortito; nel secondo può anche credersi al pentimento; in nessun dei due casi l'elemento estrinseco si verifica.

La legge non fa che stabilire il principio della *risponsabilità:* la legge determina giustamente che il giudice non è sempre estraneo alle conseguenze dei proprii falli, e la toga non basta sempre a ricoprirli. Quindi ha rilevate cause affatto personali; cause che non possono addebitarsi a leggerezza, a ignoranza, o a mancanza di criterio, tuttavia lo scopo non è la punizione, ma la *risponsabilità;* la riparazione del danno effettivo, immediatamente derivato dalla sua mala opera; e questo danno deve risultare come oggetto dell'azione, come il solo interesse di chi la promuove.

E il danno può risultare, non decisa ancora la lite, o perchè la collusione del giudice mi abbia fatto perdere dei materiali preziosi che io non potrò facilmente ricuperare, o perchè la sua costante ed ostinata persistenza nel rispondere alle mie legittime istanze abbia fatto scorrere un tempo necessario ad altre operazioni, o perdere un'occasione favorevole, che non può più presentarsi.

Non è dunque necessaria la emanazione di un giudicato.

b) Ma poichè la legge non si occupa del prima e del poi, lascia facoltà di intentare l'*azione civile* anche dopo il giudicato.

Anzi dalle poche cose dette dagli scrittori della materia, e dagli scarsi monumenti della giurisprudenza, è luogo a rilevare che la decisione stessa sia o possa essere principalmente il subbietto di *une prise à partie*. CARRÉ ha detto: « En effet, pour réussir dans cette « action, *il faut prouver l'injustice qui vicie la* « *décision*, et fonde la demande en indemnité ». Questa dottrina aggiunge che, nonostante il felice esito dell'azione, il giudicato rimane invulnerato; e solo si ha diritto a riparazione contro il giudice. L'azione insomma è personale contro il giudice.

Ma ognun vede la grave differenza che passa fra codeste posizioni giuridiche ed il fatto doloso del giudice che: *a)* abbia impedito l'esercizio legittimo di un diritto; *b)* privato la parte di un documento che non può ricuperarsi che a grave spesa; *c)* fatto perdere una occasione utile, anche indipendentemente da una lite (**); o finalmente *e)* abbia contribuito o prodotto una sentenza dannevole od ingiusta.

Sotto quest'ultimo aspetto la complicazione diventa maggiore. E primieramente è da sol-

(*) BOITARD, n° 757: « La prise à partie est une voie « ouverte contre un juge pour *obtenir réparation du* « *préjudice que lui cause la faute de ce juge* ».

(**) Per esempio, io ebbi una bella e pronta occasione di un contratto, che però ricercava l'autorizzazione di un giudice, che costantemente la negò, non rispondendo mai alle replicate mie istanze.

versi il quesito sopra posto, se *sia necessario esaurire i mezzi ordinarii d'impugnazione*, prima di venire a questo, che a buon diritto deve dirsi *straordinario*, cioè fuori ed esorbitante dalle leggi comuni della procedura civile.

Se questa marcia, mi permetto la parola, si vuol comprovare colla legge del rito, sarà indarno; la legge tace di essa, come di molte altre cose. Ma subentra la ragione; una ragione composta di elementi d'analogia tratti dal sistema del Codice, e dalla sua propria sostanza, come ragione.

Torniamo anche una volta all'obbiettivo del danno, quale criterio dirigente. Colui che spiega l'*azione civile* contro il giudice, deve porre ben netto questo discorso. Stava per me il diritto, la mia causa era sicura, se *il dolo, la frode e la concussione del giudice* non mi avessero fatto ostacolo, non mi avessero fatto perder la lite.

Ma forse nel pericolo, e rimpetto a codeste brutte apparizioni, la parte deve piegarsi come in ritirata, abbandonare il campo della lite, e buttarsi a dirittura addosso al giudice, per obbligarlo con infamia sua al risarcimento del danno?

Contro simile conclusione si opporrà un primo argomento. Se *la sentenza fu l'effetto del dolo*, il rimedio che offre la legge è la rivocazione (articolo 494, n° 1). Ma non è difficile rispondere che ivi si parla del *dolo della parte*, e non di quello del giudice. Pare anzi si supponga inconscio, non che innocente, il giudice, giacchè a lui stesso è novellamente affidato il giudizio.

Milita piuttosto una ragione generale. Come mai la parte che si lamenta del dolo del giudice potrà sostenere di avere per lui perduta la lite, se non ha fatto uso di tutti i suoi mezzi legali per sostenerla?

Dirò di più: lo sviluppo di questi mezzi legali potrebbe mettere in chiaro, che il qualunque dolo del giudice non ha veramente influito a creare una decisione contraria al giusto e al vero; perchè la parte a cui fu tramata l'insidia aveva il torto; il giudice gli diede torto volontieri perchè era venduto, ma gli avrebbe anche dato torto secondo coscienza. Ma, facciamo l'ipotesi opposta, la causa procede, percorre tutti i gradi, e si vince. Il dolo del giudice ha influito, o non ha influito sulla decisione contraria: ma in fine chi aveva ragione l'ottenne, o non subì veruna dannosa conseguenza. Potrà ancora esperirsi l'*azione civile?*

Non nell'uno, e non nell'altro caso, io penso. Nel primo la risponsabilità del giudizio (supponendo un tribunale collegiale) si confonde nel secreto della votazione; s'ignora se il giudice corrotto abbia operato dolosamente nell'atto stesso del voto, o convinto dalla ragione, o pentito, non abbia tenuto fede al suo corruttore; s'ignora quale opinione abbia esternata, se non abbia prevalso l'opinione dei giudici incorrotti, sebbene per avventura erronea. Nel secondo caso, il reato inutile, impotente, non ha fortunatamente guasta la giustizia: lo ripeto, il reato c'è; l'intenzione e il fatto criminoso ci fu; mancò l'effetto, il requisito del danno non esiste; l'*azione civile* non è esperibile.

Giusta è la massima del CARRÉ: *Il faut prouver la injustice de la décision.* Ma non è la sola prova che deve farsi, l'ho già detto: deve provarsi che l'ingiustizia è l'opera certa del giudice corrotto e non de' suoi colleghi innocenti, e non degli altri tribunali successivamente invocati. In un risultato così complesso, in tanto concorso d'opinioni, fare emergere quella individuale del giudice corrotto, per costituirnelo il solo risponsabile, quale difficoltà!

3. *Degli eredi del giudice.*

Se il giudice muore mentre si agita il giudizio, o fosse già morto quando s'intenta l'*azione civile*, senza dubbio si continua o s'intenta contro gli eredi. Questo canone, scritto nell'articolo 3 della procedura penale, è perfettamente applicabile, checchè dovesse ritenersi secondo i principii del diritto romano (CARRÉ e CHAUVEAU, quest. 1803; THOMINE, tom. I, pag. 758; DALLOZ, ecc.).

4. *Della estensione di cui è suscettibile la parola usata dalla legge* — autorità giudiziaria.

Con sì generale appellativo si è voluto comprendere in questo processo i tribunali e le Corti quali enti collettivi, come si viene poi dichiarando nell'art. 785. Ma i giudici nell'esercizio di funzioni stragiudiziali o famigliari, il pretore, per esempio, quale preside del Consiglio di famiglia, vi sono forse ugualmente compresi? La risposta affermativa non si lascia aspettare. Sì anche quei giudici, e forse più che altri, attesa quella specie d'indipendenza di cui godono, sono civilmente risponsabili delle loro prevaricazioni e dei loro fatti dolosamente ingiusti. Compresi pertanto nella risponsabilità, sono eziandio compresi nel sistema del rito.

Invece gli *arbitri volontarii* non soggiacciono alla risponsabilità propria dei giudici, *depositarii abituali del potere giudiziario*, mentre « n'ont d'autre caractère et d'autre « pouvoir que ceux qui ont leur donné les parties (PONCET, *Des jugements*, n° 583). Non è scritta per essi la disciplina che veniamo de-

scrivendo; essi rispondono dei loro fatti delittuosi secondo i principii generali della penalità.

4. *Degli ufficiali del pubblico Ministero.*

Nella procedura francese (Tit. III, Lib. IV) la *prise à partie* non concerne letteralmente che i giudici. Tutti gli scrittori però, a cominciare da MERLIN, ci dicono che anche gli ufficiali del pubblico Ministero sono tenuti alla stessa risponsabilità, per lo espresso impero dell'articolo 505 del Codice di procedura penale; che anzi non si richiede tampoco l'autorizzazione del Governo per agire contro di essi, quantunque specialmente dipendenti dal Potere esecutivo. Ciò è molto antico, trovandosi una decisione dell'11 novembre 1556, che condannò ad un'ammenda onorevole il procuratore generale del parlamento (Corte) di Grenoble per avere intentata un'accusa calunniosa! (MERLIN, v° *Prise à partie*, § 111). Mi entra un dubbio se gli scrittori francesi intendano parlare della risponsabilità generale degli ufficiali del pubblico Ministero pei loro fatti dolosi e calunniosi (al che certamente risponde la legge penale); ovvero di quella annessa alla *prise à partie*. Ciò poco monta: noi abbiamo la legge espressa.

Per quanto riguarda il sistema, le funzioni del pubblico Ministero possono osservarsi sotto due aspetti: 1° in quanto sono sostanziali e sue proprie, indipendenti, divise dall'ordine giudicante; 2° in quanto i funzionarii del pubblico Ministero collaborano o coadiuvano i giudizi coi loro voti e conclusioni. In questo secondo aspetto la risponsabilità degli ufficiali del pubblico Ministero difficilmente si manifesta; i loro voti non sono che consultivi; sono o no seguiti dai giudici; non si potrebbe ad essi attribuire tale un'influenza sui giudicati, da renderli risponsabili della decisione e delle loro conseguenze. Ma d'altra parte la loro missione sommamente delicata, la loro iniziativa così energica, e così feconda di moti e di risultati, il debito che hanno di amministrare la giustizia per tutti mentre sono dedicati ai più penosi doveri della repressione legale, li collocano a ragione nella linea dei ministeri giudicanti, cogli stessi obblighi e cogli stessi riguardi.

Ma una differenza degna di nota, e che in qualche modo caratterizza i due ordini giudiziarii, è questa: che le *autorità giudiziarie* possono colpirsi nella loro collettività, mentre non si colpiscono che i singoli funzionarii del pubblico Ministero; solidali nel giudizio, le prime possono esserlo eziandio nella colpa: i secondi, quantunque dipendenti da un capo e dalle sue istruzioni, esercitano in effetto nelle varie attribuzioni un'azione singolare di cui personalmente rispondono. I loro fatti sono anche più spiccati e distinti di quelli del giudice; non confondendosi in quella catena dei giudizi in cui facilmente si disperde il delitto dell'individuo, e male se ne ravvisano le conseguenze.

5. *Osservazioni specifiche.*

a) Le cause per le quali può esercitarsi l'azione civile non sono soltanto quelle specificate nel nostro articolo. Questo già parmi, si è voluto significare nel n° 3. Per ogni prevaricazione nel loro ufficio, e *in relazione al giudizio trattato*, e per quanto abbia prodotto un danno effettivo, può aprirsi l'adito all'*azione privata della parte* (PONCET, *Des Jugements*, n° 597; THOMINE, tom. I, pag. 757; CARRÉ, quest. 1804).

b) *Se la colpa lata sia mai da parificarsi al dolo; in altri termini, se la colpa lata sia contenuta nello spirito del n° 1 dell'art.* 783.

Non avrei accennato questo dubbio se uno dei più benemeriti scrittori della procedura, interpretando un testo identico (articolo 505, n° 1, francese) non avesse soddisfatto al quesito con una risposta affermativa (CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 1805); e con lui non sentissero MERLIN, DALLOZ, e pur anche PONCET, *Des jugements*, n° 598).

Quando un'opinione giuridica è sostenuta da tali autorità è sempre rispettabile. Intanto, siccome è possibile far della confusione in questa materia, distinguiamo le cose.

La risponsabilità dei giudici e degli uffiziali del pubblico Ministero può concepirsi di varie maniere, ed emanare da diverse cause; 1° in quanto è prevista nel n° 1 del nostro articolo; 2° da fatti negativi del proprio uffizio; giusta la nozione del numero seguente; 3° da disposizioni positive di legge, che in determinati casi obblighino il magistrato all'emenda del danno; 4° dal principio generale che chiunque ha causato un danno, deve risarcirlo. Io ammetto sempre che in tutti codesti casi si tratti di *azione civile*, avvegnachè non potesse aver luogo l'azione penale, dalla cui antitesi l'azione civile sembra desumere il proprio significato (*).

Non volendosi dunque confonder la prima colle seguenti cause della risponsabilità del

(*) Vedi sopra al numero *terzo* di questa Annotazione e le Osservazioni dell'articolo 786.

magistrato, non può a verun patto ammettersi che in quelle voci *dolo*, *frode* e *concussione* (*), vengano le colpe dell'intelletto, siano pur quelle della più favolosa ignoranza, quella che chiama il CHAUVEAU *complète ignorance des premières notions de droit*. Se fosse concepibile tanto ebetismo sotto la toga del magistrato, sarebbe una ragione di più per iscusare quest'uomo da errori che non ebbe coscienza di commettere. No, per l'onore della nostra magistratura, no, per l'onore dei Ministri che eleggono i magistrati, non può un tale supposto avere neppure il valore di una ipotesi. Rigettiamo poi anche teoricamente la possibilità di una distinzione che ci costringerebbe a rovistare nella massa degli errori che pur troppo l'uomo più coscienzioso commette nella fallibilità sua, quelli che fossero, a dir così, più eminenti; e chi mai potrebbe fare questo calcolo, e chi lo saprebbe fare!

E per dire una parola della terza categoria della risponsabilità, lasciando della seconda e della quarta di cui or ora si farà breve discorso, è manifesto che la terza, se dipende da leggi positive, non può ricevere la menoma estensione; e niuno ve ne sarebbe che volesse tenere risponsabile il magistrato delle sue opinioni, anche le meno plausibili, ma solo in quanto avesse violate espressamente prescrizioni di legge. Dirò su questo proposito, che quegli esempi che sogliono citarsi, tratti dagli articoli 2063 del Codice civile francese, e dal 928 di quella procedura, non hanno più riscontro nella nostra legislaziono; e sono lieto di vedere che la dignità del giudice sia stata così rialzata da quell'umiliante diffidenza, che, anche una volta, voglio chiamare francese.

6. Veniamo al n° 2 del nostro articolo, al *rifiuto di giustizia*.

È d'uopo ravvicinare questa nozione a quella dell'art. 235 del Codice penale (**), nel quale è per così dire più sviluppata, e che d'altronde hanno una corrispondenza necessaria. Si tratta infatti di negaro il proprio ufficio di magistrato, che da niun ostacolo dev'essere impedito o sconvenientemente ritardato, neppure *a pretesto di silenzio, oscurità, insufficienza o contraddizione di leggi. Dolus est in re ipsa*, può dirsi in questo caso; esso discende dal fatto stesso; peraltro una certa difficoltà di applicazione va a ravvisarsi rispetto alla seconda ipotesi, o *tralascino di giudicare* o *conchiudere sopra affari che si trovino in istato di decisione*. Qui vi ha dell'indefinito, ma la qualità delle circostanze e quella gran maestra delle cose che è la prudenza, fra il rigore della giustizia e la temperanza dei modi, ci daranno la via.

E così seguendo la larghezza del n° 3 di questo articolo, e riassumendo il precedente discorso, diremo, che altri casi possono immaginarsi pei quali s'imponga allo stesso magistrato una risponsabilità personale; sperdendo, per esempio, carte interessanti, lasciando scorrere con aperta negligenza termini perentorii; e in generale per commissioni ed omissioni di fatti che producano un danno effettivo e certo, non altrimenti che ogni altro cittadino per la legge comune, non mai dipendentemente dalle loro idee e opinioni.

Articolo 784.

Affinchè possa aver luogo l'azione civile nel caso di cui nel num. 2 dell'articolo 783 è necessario che la parte abbia fatto due istanze all'autorità giudiziaria o all'uffiziale del ministero pubblico nella persona del rispettivo cancelliere o segretario, per mezzo di usciere.

Dalla prima alla seconda istanza deve esservi l'intervallo di giorni cinque almeno se trattisi di conciliatori o di pretori, e di giorni dieci se trattisi d'altra autorità giudiziaria o di uffiziali del ministero pubblico.

L'usciere non può rifiutarsi a queste notificazioni sotto pena di destituzione.

Annotazioni.

1. Intorno al rito delle due istanze legali che devono precedere l'esercizio dell'*azione civile*, è avvenuto un cangiamento dopo l'ultima legislazione.

(*) *Concussione*, secondo la legge penale, è la riscossione che fa il pubblico ufficiale di somme non dovute (articoli 245 e 246); e non è vocabolo forse del tutto esatto, parlandosi di giudici o di uffiziali del pubblico Ministero, che non riscuotono diritti, come i doganieri; o è troppo ristrettivo. Ma parmi evidente essersi voluto comprendere tutti i casi di corruzione e prevaricazione, che si vengono poi considerando nell'articolo 247 e seg. dello stesso Codice penale.

(**) Dico *nozione*, non *disposizione*, essendo le disposizioni tanto diverse, quanto è diversa l'indole delle due leggi.

L'articolo 641 del Codice sardo del 1859 ordinava se ne facesse comunicazione alla persona dei *giudici* o *altri ufficiali* mediante usciere. La sconvenienza dell'atto è stata modificata dalla legge nuova. Ora invece devesi notificare *in persona del cancelliere*. Aggiungono i commentatori francesi, con legge uguale (articolo 500), potersi tale notificazione eseguire alla persona del cancelliere, anche fuori d'ufficio (PIGEAU, tom. 1, pag. 684; CARRÈ, quest. 1810), e io divido il loro parere.

2. L'*intervallo* dall'una all'altra istanza è determinato. Ciò che non è stabilito è l'intervallo che dalla seconda istanza deve interporsi all'esercizio effettivo dell'azione civile. Può presumersi lo stesso spazio di tempo.

Nondimeno la notificazione fatta alla persona intermedia del cancelliere potrebbe portare un reale ritardo che non lasciasse più intero al magistrato il tempo prefisso, che, quanto ai giudici inferiori segnatamente, è abbastanza breve. *Ma il magistrato è notificato nella persona del cancelliere* o *segretario* (*), e la notificazione si ha come fatta a lui stesso.

3. Questa legge deve intendersi per qualunque funzione si eserciti dal giudice, eziandio se il conciliatore segga nella sua qualità da cui prende il nome, o il pretore o il presidente fungano come magistrati famigliari, e in materia di volontaria giurisdizione. Ogni magistrato deve rispondere a legittime istanze. Legittime, perchè non ha debito di rispondere a fantastiche e strane; come del pari il magistrato è inattaccabile di *rifiutata giustizia* se risponde negativamente alla domanda, giusta la propria opinione e coscienza, anche rigettandola.

Articolo 785.

L'azione civile contro i conciliatori o i pretori, contro i tribunali civili o di commercio, contro alcuna delle loro sezioni o alcuno dei giudici, contro il procuratore del Re o alcuno de' suoi sostituti, è proposta davanti la corte di appello.

L'azione civile contro una corte di appello, contro alcuna delle sue sezioni o alcuno dei consiglieri, contro una corte d'assise o alcuno dei giudici, contro il procuratore generale o alcuno de' suoi sostituti, è proposta davanti la corte di cassazione.

L'azione civile contro una delle sezioni della corte di cassazione o contro alcuno dei consiglieri delle medesime, è proposta davanti un'altra delle sue sezioni; contro il procuratore generale o alcuno de' suoi sostituti, è proposta davanti la sezione prima.

Annotazioni.

Il disordine, il sovvertimento della giustizia per le più ree e turpi cagioni, ascende, nella ipotesi della legge, dalle basse regioni sino alle più elevate, sino agli stessi propugnacoli della giustizia. Il sentimento d'umiliazione che ne proviamo, non ci tolga di esaminare la legge. Intendo che vi sono certi tempi fenomenali e difficili nei quali non so che avversione di idee e di persone può anche impadronirsi degli interi corpi giudicanti, e farli deviare dai loro doveri con una passione di partito che, nella serena atmosfera della giustizia, può ben rivestire il carattere di dolo. Fuori di questo, non pare possibile che diversi membri di un tribunale congiurino d'accordo alla rovina di un litigante.

Ho veduto regolamenti giudiziarii, in epoche di ombrosa politica, statuire facoltà al governo di trasportare le cause da un tribunale ad un altro per sospetto di pericolose tendenze, ossia di opinioni in un dato affare non conformi allo spirito governativo. Del resto, tutte le reità più mirande devono trovar posto in quella bolgia senza fondo che è descritta dal Codice penale. Ma non vorrei vedere scritto nella procedura civile un gratuito oltraggio alla magistratura o una delusione. Un gratuito oltraggio se si suppone possibile la prevaricazione di un intero corpo giudicante; una delusione, se per caso si volesse medicare con altri temperamenti uno stato di cose che vorrebbe il ferro e il fuoco a monumento di perpetua infamia per quei magistrati.

Lascio stare che la difficoltà di stabilire in via civile *il dolo*, *la frode*, *la concussione* di un intero corpo giudicante, sarebbe anche molto

(*) Che è il cancelliere del pubblico Ministero.

più ardua di quello che provai rapporto ad uno dei suoi individui: por cui farei questo discorso. O *prima del giudizio penale* s'intenta l'azione civile, come mai potrebbesi statuire dei danni per indiretto, proclamando intanto la scandalosa iniquità della magistratura? O *dopo il giudizio penale*, perchè dovrebbero ancora deliberare i giudici civili se si sia o no da accordare l'esercizio dell'azione del danno dopochè il giudizio penale avesse pronunciata la sua decisione? (*)

Nell'altro aspetto della *denegata giustizia*, il presente regolamento meglio si addice al carattere della procedura, ai principii d'ordine e alla disciplina che devono regnare nelle operazioni del magistrato; è meglio collocato, e finirà, io spero, col restar solo. Quest'ordinamento è moderatore, mentre non permette il giudizio se non previo esame dell'autorità superiore e autorizzazione a procedere; senonchè in questo secondo caso la sua applicazione logica è molto chiarita, nel primo è per lo meno assai dubbia (**).

Articolo 786.

L'azione civile contro le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico deve essere autorizzata dalla corte cui spetta di giudicarne.

L'autorizzazione è chiesta con ricorso sottoscritto dalla parte o da procuratore legalmente esercente, munito di mandato speciale per quest'oggetto da unirsi al ricorso insieme ai documenti, sui quali la domanda è fondata.

Il ricorso indica i fatti e i mezzi di prova.

Quando nel ricorso siano usate espressioni ingiuriose, chi lo ha sottoscritto è punito con multa estendibile a lire trecento; il procuratore è inoltre punito con la sospensione per tempo non maggiore di sei mesi, salvo in tutti i casi l'azione penale.

Annotazioni.

1. *Della competenza.*

L'articolo 785 parla *del grado delle autorità competenti per la cognizione dell'azione civile*, e le determina. L'articolo 786 dichiara che l'*autorizzazione* spetta alla Corte della cognizione: e dalla competenza di grado passiamo alla competenza d'azione.

È questa un'azione puramente e schiettamente personale; personale, o ferisca il funzionario individualmente, o si diriga contro un corpo giudiziario.

Rispetto al primo, è dunque facile il dire che la Corte d'appello del distretto nel quale il citando ha residenza, domicilio o dimora, è competente per tutto quanto riguarda tale giudizio.

Portiamo più oltre lo sguardo su combinazioni, facili a prevedersi, ma qualche singolare e non aspettato effetto possono produrre.

Si è detto in principio che l'*azione civile*, di cui favelliamo, non è cosa diversa da quella che fluisce dal reato per le conseguenze del danno da esso inferito: nella sostanza è quella dell'articolo 3° del Codice di procedura penale, benchè sottoposta a delle forme particolari e delle restrizioni. Il caso più ovvio è che l'azione civile sia intentata non ancora promossa o non essendo punto promossa l'azione penale. Ho ricordato, in qualche luogo superiore, che l'azione civile (che già supponiamo separatamente esercitata) rimane sospesa nel suo esercizio dalla causa penale (articolo 4 del Codice di procedura penale). Un'alta ragione di pubblico interesse ne impedisce la contemporanea trattazione, e la penale è prevalente. Così la funzione dei giudici civili rimane interdetta. Allora bisogna arrivare sino al fondo del giudizio penale, ed aspettarne il risultato, secondo il chiaro volere del suddetto articolo 4°. La competenza non varia però; mentre la sospensione non detrae all'abito e possesso della giurisdizione; essa dorme per un dato tempo: per altro, quando si ridesta, o si trova inabilitata per la forza degli avvenimenti sopravvenuti, o si trova già spianata la via da una decisione favorevole agli imputati, e spenta insieme l'azione civile.

Inoltriamoci di più nell'argomento.

(*) Vedi le Annotazioni dell'articolo 786.

(**) L'azione civile contro il *procuratore generale* (intendi tanto d'appello che di cassazione), o *almeno dei suoi sostituti*, è proposta avanti la *sezione prima* della cassazione; cioè la sezione civile.

Digitized by Google

Se il giudizio penale dichiara *non farsi luogo a procedimento* pei reati che possano sotto qualunque forma ritenersi contenuti nella generalità del n° 1° dell'articolo 783 (*), o escludendo il fatto o escludendo per assoluto l'imputazione, l'azione civile intentata muore; non intentata, non può più esperirsi (articolo 6° del Codice di procedura penale). Non vi sarà dunque più bisogno d'implorare un'autorizzazione, perchè non vi sarà più azione possibile.

È chiaro che se il magistrato è trovato colpevole; se non riporta quell'assoluzione di cui l'articolo 6° ha dettata rigorosa la formola, l'azione civile si spiega, la Corte competente delibera: accorda o nega l'autorizzazione (**). Ogni altro cittadino, voi lo vedete, è di tratto esposto ai colpi del danneggiato; e i magistrati considerati in questo titolo, per rispetto dell'ordine, per debito riguardo alla dignità delle loro funzioni, o per qualche ragione più elevata, *sono vantaggiati sopra gli altri funzionarii*, che piuttosto male che bene risentono dal non esservi compresi.

È anche possibile una terza combinazione. L'azione civile può esercitarsi *avanti lo stesso giudice e nel tempo stesso* (***) dell'esercizio dell'azione penale. Suppongo che l'azione penale sia stata intentata dal pubblico Ministero; e il danneggiato spieghi la sua azione civile a termini del citato articolo 4°, e intervenga come parte civile.

Se il giudizio penale finisce in modo che l'azione del danno diventi esercibile, domando se *in questo caso siano applicabili gli art.* 571 *e* 577 *capoverso della procedura penale, se cioè lo stesso giudice penale proceda alla liquidazione del danno.*

Perchè dovrebbe deviarsi dall'applicazione di codeste leggi, dal testo così chiaro e preciso? Qui la difficoltà è grande nel sapere *se la procedura civile limiti la penale* o *viceversa*; se per avventura il nostro regolamento non si aggiri sempre sulla supposizione che l'azione civile contro i giudici, ecc., sia promossa separatamente dall'azione penale.

La difficoltà si moltiplica, e sviluppa questi tre quesiti: 1° Il giudice penale è investito di un diritto assoluto, indipendente, suo proprio, per aggiudicare i danni prodotti dal reato? 2° Il giudice penale può bensì aggiudicarli, ma deve aspettare che il giudice civile accordi l'*autorizzazione?* 3° Compito il giudizio penale, tutta la questione della risponsabilità dei magistrati si devolve alla cognizione del giudice civile?

Se dovessi svolgere i motivi che appoggiano ciascuna proposizione, io dovrei fare un lungo tratto di cammino, mentre i miei passi sono misurati dalla ristrettezza di queste pagine che lottano coll'abbondanza delle idee. Mi si permetta adunque di venir di botto alla conclusione. Questo titolo è una guarentigia di cui i magistrati, senza un fatto loro, non possono essere privati. Io non amo questo privilegio, l'ho già detto, quando si tratta di reati obbrobriosi; non posso disconoscere nondimeno la prudenza che ha inspirato simili cautele, e ad ogni modo esse esistono. Il giudice penale viene in una condizione di cose che non è preveduta dalla procedura penale, la quale suppone il caso ordinario di condannati comuni. Io osservo inoltre che l'articolo 571 di quella procedura investe bensì il giudice penale della facoltà *di liquidare nella sentenza i danni domandati dalla parte civile se il processo offre gli elementi necessarii per determinarne la quantità* « altrimenti si procederà nelle forme « prescritte per la liquidazione dei danni dal « Codice di procedura civile, *dalla Corte* o *dal* « *tribunale*, o *avanti al pretore che pronunziò la sentenza* ».

Qui pertanto si fermano due cose: 1° Che la competenza del giudice penale a liquidare i danni non è che relativa allo stato in cui si trovano gli atti del processo civile; 2° Che il giudice competente a tale liquidazione, qualora *non fossero pronti gli elementi necessarii*, sarebbe quello stesso che pronunciò la sentenza penale, giudicante in sede civile.

Se l'autorità civile fu investita della causa prima del giudizio penale, è manifesto che l'azione civile risorge avanti di essa in tutte le condizioni che aveva innanzi, nel rispetto, intendiamoci bene, della competenza (****).

Se l'azione civile non fu intentata prima, se fu associata al giudizio penale, in tal caso io reputo che l'autorità civile, designata dal nostro articolo 785, sia sempre competente per accordare o negare l'*autorizzazione*.

E perchè questo? L'ho già detto: perchè quelle persone che avevano nella legge siffatta guarentigia *sine facto suo*, ma piuttosto *facto*

(*) Così dico, non restringendomi ai soli fatti di *corruzione*, ma estendendomi ad ogni altro, di prevaricazione, di abuso di autorità, ecc.

(**) Come possa nonostante negare ancora l'autorizzazione, vedi più avanti.

(***) Dice l'articolo 4 del Codice di procedura penale, benchè questo avverbio di tempo non sia della più scrupolosa esattezza.

(****) Cioè si delibera sull'azione civile e sui suoi effetti, ritenuta, per quanto si deve, la influenza del giudicato penale.

alieno (*), non possono perderla. Ma si dirà: come possono i giudici civili negare quello che è una conseguenza del giudicato penale? Allora io inviterò a distinguere fra gli effetti della cosa giudicata e la facoltà dell'autorizzazione. Fingasi che la cosa giudicata penale non comprenda nominatamente il magistrato, ma per indiretto lo faccia conoscere colpevole; o che la ingerenza del magistrato nella lite risulti nulla o senza influenza; e infine il suo reato non versi sull'ufficio suo di magistrato in quella lite, ecco già della materia per negare l'autorizzazione dell'azione civile contro lui in *qualità di magistrato*, che può anche portare delle conseguenze enormi. L'onore della magistratura, la privata giustizia, l'indeclinabile precetto di questo regolamento, richieggono che anche dopo il giudicato penale se ne assuma l'esame dall'autorità competente.

Senonchè l'autorità civile è legata dal giudicato penale in questo senso, che se l'azione civile discende direttamente, sicuramente, dal suo disposto, è inevitabile il debito di accordare l'autorizzazione, come un diritto che la parte civile ha già acquistato. *Ma l'esame di tale posizione di cose* ad essa appartiene, ed è quello che importa e che si vuol dimostrare.

Ma dopo il giudicato penale, *forse tutto intero il giudizio dell'azione civile*, compreso l'accertamento e liquidazione dei danni, e non solamente la facoltà dell'autorizzazione, ritorna alla magistratura designata nel Titolo presente?

Ciò è di soluzione anche più difficile, e, confesso, non senza ardimento per chi la prima volta affronta questo spinoso e vergine tema.

Ogni cosa però maturamente esaminata, vengo nell'opinione che tutto intero il giudizio dell'azione civile si devolva a questa speciale magistratura come di sua esclusiva competenza.

Quando noi troviamo due placiti legislativi, i quali dispongono in guisa che la disposizione dell'uno esclude quella dell'altro, e posti insieme sul terreno pratico verrebbero ad infrangersi, si vuole osservare se siano parti dello stesso istituto legislativo; ovvero appartengano a diversi rami della legislazione, inspirati cioè da diversi principii, e tendenti a scopi diversi. Nel primo caso si avrebbe l'antinomia apparente o reale, la contraddizione: ipotesi che si verifica talvolta nella singolarità dei testi; ma che, trattandosi di un sistema, per così dire dentro un sistema, non sembra possibile. Ma, supposta la possibilità di sì grave inconveniente, la ragione e la critica faranno opera la più solerte onde si raggiunga l'armonia delle parti che non discordano per volontà del legislatore, ma per mala redazione, onde mantengano quella relazione, e godano, userò questa frase, di quella consistenza d'azione che per istituto a loro appartiene.

Ma supponendo separati e di varia natura gli istituti legislativi (**), noi possiamo aver sistemi diversi, non conflittanti, teoricamente armonici fra loro; sistemi che non convengono in un'azione contemporanea, perchè verrebbero ad urtarsi; ma bensì possono essere chiamati ad operare nella rispettiva loro sfera, in guisa che l'uno prevalga e imponga silenzio all'altro, arrivata quella condizione di cose in cui le varie finalità di quegli istituti tornino ad apparire distinte, cessati quei rapporti che li confusero un tratto in un intento superiore.

Subordinata al giudizio penale, l'azione civile (ordinaria) tace e si ecclissa durante la sua comparsa sull'orizzonte giudiziale: giudicato il reato, l'azione civile viene a reclamare gli effetti che le son proprii; con che la giustizia ottiene la sua piena soddisfazione: la retribuzione giuridica è perfetta, mentre alla riparazione del danno pubblico si aggiunge il risarcimento del danno privato.

La importanza, la entità dell'azione civile, la quantità del danno è un còmpito, come abbiam visto, del giudice penale (articolo 571 del Codice di procedura penale, parte I), o rivesta ancora questa qualità trattandosi di un'appendice od accessorio dello stesso giudizio penale; o, sorgendo qualche difficoltà, facendosi luogo a qualche indagine più inoltrata d'ordine civile, gli stessi giudici facciano passaggio sul loro seggio civile per ammettere le parti a contraddittoria e più matura discussione secondo le forme della procedura civile.

Questi due casi sono previsti; rimane il terzo, che non è previsto nel Codice penale.

Il còmpito penale si trova già esaurito, quando l'articolo 571 comincia ad operare; in ciò siamo d'accordo: il giudice penale ritiene alcune appendici, ma piuttosto *comoditatis causa*, che per la necessità di quel principio razionale che fa prevalere la causa penale in confronto della civile; come sembri colorarsi una questione, o si abbia d'uopo di aggiornare un esame di fatti, immediatamente la giurisdizione penale si ritira, e lascia entrare la civile: tanto si è lontani dal credere che il

(*) Che è quello di aver deviata l'autorità, specialmente destinata all'azione civile contro i magistrati.
(**) Il civile e il penale.

Digitized by Google

ritenere il giudizio relativo all'azione civile sia razionalmente connesso al giudizio penale già consumato.

Venuti a questo punto, noi vediamo, per così dire, nel suo maestoso isolamento questo istituto nella procedura *civile;* qui solo troviamo organata quella giurisdizione *sui generis*, che ha le condizioni necessarie non solo per autorizzare, ma altresì per decidere della risponsabilità personale effettiva dei giudici e degli ufficiali del pubblico Ministero.

Così, finito il corso del giudizio penale, il civile viene a compiere il proprio, tenendo la via che gli è prefissa: ogni idea di contraddizione di sistema è svanita. Ossequio al giudicato penale quando l'azione civile contro il magistrato è proposta dopo la sua emanazione; indipendenza ove non osta la cosa giudicata. Ma libertà di esame nei giudici designati dall'articolo 783, e giurisdizione totale e piena, non divisa *con quelli che pronunziarono la sentenza penale* (*): ed è ragione. Perchè l'azione civile potrebbe o dovrebb'essere autorizzata, supponiamo, in forza del giudicato penale; ma le questioni, per esempio, della solidarietà, della estensione dei danni che una parte voglia spingere sino al valsente di tutta la lite, e via discorrendo, non può giammai convenire che a questa giurisdizione.

In relazione alla quale avvertenza, giova aggiungere un'altra osservazione che riguarda *i tribunali e le Corti* quali enti collettivi, in istato di delinquenza, secondo il n° 1° dell'articolo 785.

Che è mai un'azione penale o l'azione civile che deriva da cagione delittuosa contro un *tribunale*, una *Corte*, un corpo morale qualunque sia? non è che la persecuzione dei singoli. Il corpo morale si decompone, per così esprimermi, sotto l'azione della penalità, e i singoli rimangono esposti come individui risponsabili alle conseguenze dei loro fatti.

Quando adunque nell'articolo 785 si parla di azione civile contro *un tribunale o una Corte*, non si tratta di far sparire l'ente morale, come sparisce dalla scena politica un ministero; ma di attaccare gl'individui personalmente, e non per altra ragione si dice un tribunale o una Corte se non perchè tutti i suoi membri sono infetti della stessa pece, lordi dello stesso delitto.

Da codesta compartecipazione di tutti i membri del corpo ad uno stesso fatto colpevole, sotto l'aspetto prettamente penale, nasce la solidarietà pel risarcimento dei danni (GIULIANI, *Del diritto criminale*, 3ª edizione, tom. I, pag. 290); ed anche per gli effetti civili è scritto l'articolo 1136 del Codice civile; negli annali della giurisprudenza non mancano solenni e dolorosi esempi (MERLIN, v° *Prise à partie*, § 3) (**).

E poichè anche sotto nome di *ente collettivo* l'azione è diretta singolarmente contro gli individui, ne segue che l'accusa da cui è colpito un intero corpo morale, può venirsi sciogliendo non verificandosi che su questo o quello degli individui del tribunale o della Corte, e può svanire la solidarietà (***). Il quale stato di cose può anche dar luogo a modificazioni in ordine all'*autorizzazione* che abbiamo detto doversi, dopo il giudicato penale, attendere dall'autorità civile.

2. *Del rito.*

La *domanda di autorizzazione* precede ogni altra. È fatta per via di ricorso avanti la Corte competente a giudicare del diritto dell'azione civile colla presentazione del ricorso al presidente. Se non constasse del perfetto adempimento del capoverso dell'articolo 786, la domanda sarebbe improponibile; o proposta, sarebbe rigettata.

Ma il magistrato accusato non deve aver notizia di questo attacco, non dev'esser chiamato, o almeno non gli dev'essere notificata la contraria istanza?

La legge non ne fa motto; ma non è la prima volta che, *ratione dictante*, cerchiamo posizioni analoghe, e ne deduciamo regole somiglianti (articolo 3, capoverso, *Disposizioni preliminari* del Codice civile). Caso che può prendersi ad esempio è quello dell'art. 124, che ordina doversi *comunicare al giudice l'atto di ricusazione*, avendo poi il giudice facoltà di rispondervi nel termine di due giorni (articolo 125). Se vi è differenza, consiste nella gravità di gran lunga maggiore del processo attuale. Ciò è tanto più necessario in quanto, sorpreso il magistrato da quest'atto nell'eser-

(*) Potranno anche per avventura essere gli stessi giudici (*V.* gli articoli 37 e seg. del Codice di procedura penale); ma la loro costituzione sarebbe quella del presente Titolo della procedura civile.

(**) Un infelice, accusato di delitto capitale, fu assoggettato alla tortura ordinaria e straordinaria su levissimi indizi. Il dolore gli strappò una confessione che gli valse la condanna di morte. Intanto aveva dovuto soccombere in conseguenza della tortura. Riconosciuta dipoi e proclamata la sua innocenza, i giudici furono personalmente e solidalmente condannati a titolo di danni e interessi, alla somma di lire 6000 a favore della vedova (Decisione del Consiglio di Francia del 15 ottobre 1708).

(***) Può ene emergere che una minoranza combatta la rea massime che dolosamente si volle adottare dalla maggioranza.

cizio delle sue funzioni, e costretto ad astenersi, deve ben conoscere e la minaccia e i mezzi con cui viene appoggiata. Lo stesso silenzio nella legge francese, ma la stessa spiegazione della giurisprudenza obbligata a ricorrere all'analogia (CHAUVEAU, q. 2186 ter).

Articolo 787.

La corte delibera per l'autorizzazione in camera di consiglio.

Se il ricorso è rigettato, la sentenza ne contiene i motivi e il ricorrente è condannato in una multa estendibile a lire centocinquanta.

Articolo 788.

Quando la corte conceda l'autorizzazione, ordina che copia del ricorso e del decreto sia notificata, nel termine che sarà stabilito, al conciliatore, al pretore, al giudice, al consigliere o all'uffiziale del ministero pubblico, e, se trattisi di tribunale, di corte, o di sezione, al capo rispettivo.

Le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico contro i quali è proposta l'azione devono, nel termine stabilito nel decreto, costituire un procuratore e presentare le loro difese.

Annotazioni.

1. La giurisprudenza francese va più avanti. Si crede che il magistrato debba esser citato a comparire all'udienza della Corte (*V.* PIGEAU, questione suddetta). Ma in questo non si può convenire. E qui pure abbiamo una guida nell'articolo 125. La risposta si comunica al presidente per mezzo del cancelliere, e la Corte si aduna in Camera di consiglio. È del carattere di tali deliberazioni di pronunciarsi senza contraddittorio (articolo 778, n° 2) come una disposizione interna, contro la quale, secondo la natura degli affari, si ammette difesa e reclamo.

2. La reiezione dell'istanza non ha altro seguito. Il ricorrente subisce la multa, e se ne va con Dio.

Ma se l'autorizzazione è concessa, allora comincia il giudizio in tutta la sua gravità. Allora hanno luogo le notificazioni prescritte dall'articolo 788, donde però non si deve inferire esclusa la notificazione *anteriore* di cui ho fatto cenno nelle ultime parole intorno all'articolo 786. Vi sono due scopi diversi e ben distinti. Il primo a combattere e impedire l'autorizzazione: nel secondo sta la importanza somma; il difendersi da una imputazione acerbissima, di cui non possono prevedersi le conseguenze.

È questa una procedura *sui generis*, eccezionale, o non ha che dei riscontri indiretti col sistema generale. La notificazione prescritta dall'articolo 788 vale e tien luogo di citazione. Essa già deve contenere tutto ciò che è necessario a sapersi; se fosse insufficiente la istanza inetta, confusamente motivata (oltrechè deve sempre credersi che la Corte avrebbe negata l'autorizzazione), sarà più facile ai notificati respingere le pretese: nullità non potrebbe proporsi in ordine ad una forma che non è precisata.

Che non si tratti di una vera citazione, che il giudizio mantenga un certo carattere medio fra il contenzioso e l'amministrativo, e sia quasi misto delle due forme, si evince anche da questo che la *notificazione* si eseguisce al *capo*, se un corpo giudiziario viene attaccato, comunque siasi già osservato che un corpo morale non si carica di responsabilità, seguitandosi a considerare come un ente di ragione e una rappresentanza, ma nelle singole persone dei suoi componenti. Si presume che il capo non mancherà di diffondere a' suoi membri la poco lieta comunicazione, e così ciascuno sarà avvisato. Vi è qualche cosa in questo disposto che *accenna alla solidarietà;* ma la veduta non sarebbe troppo esatta. La solidarietà può non esservi; invece una vera contrarietà potrebbe scaturire per risoluzioni solo in apparenza comuni, mentre vi fosse alcuno dei membri che avesse interesse di caricare sopra altri la colpa: a ciò la legge non ha posto mente.

3. Neppure si dichiara il modo della notificazione. Quantunque il sistema adottato dell'articolo 784 potesse sembrare analogo, io penso nondimeno che la notificazione sia da praticarsi nelle forme comuni, per mezzo di usciere, altro essendo una istanza rispettosa

che si fa ad un magistrato per ottenere un rescritto di giustizia, ed altro una chiamata in giudizio. Tanto più che trovo avvalorata quest'opinione dalla dottrina francese nel caso affatto uguale di quell'articolo 514. BOITARD dice in questo proposito: « Il n'a plus droit « aux mêmes ménagements qu'auparavant; « aussi *n'est plus par l'intermédiaire du greffier* que le demandeur correspond avec lui; « *il devient un adversaire ordinaire à qui les « significations d'actes sont faites à la personne, ou à domicile* ». Certo da questo punto cessa ogni rapporto di somiglianza fra il giudice ricusato, che sempre conserva nella questione di ricusa la sua qualità di giudice, non essendo veruna azione diretta personalmente contro di lui.

La Corte fa un decreto (*) ed assegna un termine, come dice il capoverso dell'art. 788. *Si deve costituire procuratore.* Ciò prova la solennità che assume il giudizio.

Potrà chiedersi se la costituzione del procuratore debba essere accompagnata dalla *dichiarazione di residenza o elezione di domicilio*, giusta l'art. 154. La legge ha imposto l'uno e non l'altro obbligo: bisogna bensì supplire al silenzio generale: ma dove si dispone, e si dispone con certe restrizioni, non parmi potersi aggiungere al testo.

4. È curioso il ricercare *se in questa sorta di giudizio abbia luogo la contumacia e l'opposizione.*

Senza dubbio la mancanza della costituzione del procuratore, equivalendo alla non comparsa, è quella che chiamasi contumacia.

Quantunque l'istituto dell'*opposizione* abbia un carattere di generalità come l'appello, di maniera che per escludere questo diritto della difesa è d'uopo farne una disposizione speciale (articolo 574): tuttavolta richiedesi che l'organismo e la forma del procedimento corrisponda e renda possibile la sua applicazione. Ove non si ha una vera e propria citazione, ove non sono possibili le pratiche ordinate negli articoli 38 e seg., in un giudizio il cui merito può proporsi *in cassazione*, ove s'ignora l'opposizione contumaciale, in un assetto giudiziario tanto speciale, nel silenzio della legge, nella conformità del nostro sistema al francese, che non ammette neppure la rappresentanza procuratoria, sono nell'avviso che l'opposizione contumaciale non sia ammissibile.

Articolo 789.

Dal giorno della notificazione e sino alla sentenza definitiva, le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico, contro i quali è promossa l'azione, devono astenersi da qualunque ingerenza nelle cause della parte ricorrente, dei suoi ascendenti, discendenti, o coniuge, sotto pena di nullità degli atti fatti col loro intervento.

Annotazioni.

Il magistrato non ha perduta la sua qualità, non è spogliato di giurisdizione, eccetto che per le cause indicate nell'articolo, rapporto alle quali *è in istato di sospetto;* applicazione del principio stabilito nei numeri 7 e 11 dell'articolo 116.

Articolo 790.

Presentate le difese indicate nell'articolo 788, o decorso il termine stabilito per presentarle, la causa si spedisce all'udienza che sarà stabilita dal presidente.

Articolo 791.

Quando la parte ricorrente voglia intervenire all'udienza deve essere rappresentata da procuratore legalmente esercente.

Annotazioni.

1. Dapprima, nella preoccupazione che sembra prodursi da così strana combinazione giudiziaria, si pensò di dividere questo geloso ufficio, ordinando che ad altra autorità, che a

(*) *Decreto* in quanto emana dalla Camera di Consiglio, e non è una sentenza.

quella che aveva accordata l'autorizzazione, si portasse il merito della controversia. Così dispone l'articolo 515 del Codice di procedura francese. Pare però che la Legge del 22 marzo 1808, articolo 22, venisse modificando l'articolo 515, e dovesse giudicarsi *a Sezioni riunite*. Quest'idea era passata nel Codice sardo del 1859 (articolo 646, capoverso), ed ora è abbandonata.

2. Il *pubblico Ministero* interviene di diritto in queste cause (articolo 346, n° 7). Saranno quindi applicabili i disposti del capoverso del citato articolo, e quello dell'articolo 347.

3. *La costituzione del procuratore e la produzione delle difese* si fanno nello stesso termine prescritto dalla Corte (art. 788). Quindi le difese sono scritte non obbligatorie, senza forma conclusionale; e senza esse, o con esse, la discussione orale all'udienza. Non si accorda termine alle risposte, o almeno non è imposto dalla lettera della legge, ma perchè non potrebbe anche assegnarsi un termine alla risposta? Notano i glossografi francesi che in un giudizio, ove i termini non sono regolati a passo e misura, una ragionevole facoltà è attribuita alla Corte; che niun termine può dirsi assoluto e perentorio, ma queste ed altre ben molte facoltà debbono supporsi, se è vero che, malgrado sì brevi espressioni di rito, in una così succinta descrizione di giudizio, possano aver luogo, come per certo possono averlo, prove d'ogni genere; e tutte quelle diremo che la procedura riconosce legittime.

4. *L'udienza è stabilita dal presidente. L'udienza è pubblica*, come ogni altra. Per noi *udienza* suona sempre adunanza aperta al pubblico (articolo 52). Non parmi che possa farsi di questa un'eccezione; nè che il *buon ordine* o il *buon costume* debba patirne. La limitazione potrebbe trovarsi scritta in una legge, secondo il capoverso di quell'articolo. Ma qui non è scritta. Il linguaggio dei nostri Codici acquistò la desiderata precisione quando si distinsero le *deliberazioni delle Camere di consiglio* dall'udienza. L'autorizzazione si disputa in Camera di consiglio, ma una volta concessa, dato alla convenienza ciò ch'essa esige, il diritto dei contendenti rientra sotto la garanzia della pubblicità, che anzi per la qualità delle materie e delle persone è particolarmente richiesta ed opportuna. Il CARRÉ, e con lui il suo perpetuo e valoroso annotatore, parvero inclinare nel senso opposto; ma io dubito che siasi un po' confuso l'art. 515 coll'art. 511 di quel Codice, come può verificare chi riscontri la loro questione 1821. In opposto BOITARD, all'articolo 515, dice: « L'affaire est plaidée « comme toute autre affaire. Le juge, je l'ai « déjà dit, est assimilé après l'admission de la « requête à un adversaire ordinaire. L'avocat « de la partie plaide contre le juge qui peut « lui-même charger un avocat de présenter « ses défenses ».

5. Anche l'articolo 791 è imperativo. *Si dev'esser rappresentato da un procuratore.* La parte ricorrente non potrebbe altrimenti essere ascoltata; ed è questa la conseguenza del suo difetto. La rappresentanza procuratoria, a quello che intendo, più che altro, è un saggio espediente della legge ad impedire gli attriti e temperare l'amarezza che facilmente trabocca (ne dà argomento l'articolo 789), confidando la trattazione agli uomini dell'arte, usi ad attraversare le passioni dei loro clienti senza sentirne il rovello (*). La interposizione del procuratore conferisce alla dignità della discussione: previene degli scandali.

6. *La sentenza non è appellabile.*

L'appello, generalmente parlando, è di diritto; ma quando siamo in quei giudizi che si chiamano speciali, quasi *extra ordinem*, governati da forme proprie, e hanno un oggetto particolare, è d'uopo che o espressamente, o con richiami d'analogia, si possa dedurre il diritto dell'appello; e qui abbiamo una vera e decisa esclusione, dacchè il giudizio è demandato *ex primo* alle Corti d'appello, o anco alla stessa Corte suprema. Non trovo che gli scrittori francesi ne abbiano fatto segno di dubbio (**).

7. *Ultime osservazioni sugli effetti della condanna.*

Si disse nell'esordio, l'azione essere personale, non influire sui giudicati contro i quali l'azione civile non vale come mezzo d'impugnazione, massime dopo che il nostro legislatore ha fatto così opportunamente cangiar di posto a questo titolo. Strana è quindi, e giustamente riprovata, quella dottrina del PONCET: « Tous les actes d'instruction arqués, et « le jugement non acquiescé qui en a été la « suite (cioè del dolo del giudice), sont an-

(*) È difatti una giunta all'ordinamento francese, che abbiamo del resto imitato pressochè in tutto.

(**) Come non si parla di appello, non si parla di ricorso in cassazione. La sentenza dev'essere notificata alle parti, e questo è di diritto comune di ogni giudizio. La sentenza non ha forme sacramentali, e non è soggetta ad annullamento. Le controversie incidentali ricevono regole d'analogia dalla legge generale. Notificata però la sentenza, l'esecuzione e il giudizio relativo deve interamente e tassativamente conformarsi alla legge generale.

« nullés ». Vi è una parte del tutto estranea al giudizio dell'azione civile, ed è quella che ha vinto la causa, o ha riportato dei vantaggi dal dolo, dalla colpevole inerzia del giudice. Se vi fu dolo, collusione, corruzione del giudice, egli è vero che la parte stessa si ritiene principale istigatrice o complico; ma altri interessati possono figurarsi innocenti della frode, e vantaggiati dell'esito. In sede di azione civile non si assume il sindacato di quei giudizi. Il *dolo della parte* ha pure la sua medicina nel mezzo di rivocazione; il soccombente doveva valersene. Dato il caso che il litigante colpevole avesse subito un giudizio penale, e fosse stato condannato, potrebbe anche venirne di conseguenza la perdita di certi diritti che si fosse procacciati co' suoi inganni, ma tutto ciò non ha il menomo rapporto coll'*azione civile* spiegata contro la persona del giudice. È possibile che la posizione stessa di diritto sia rimasta alterata; è possibile, nella mutata condizione di cose, riprender la lite, ottenere delle riparazioni, ma nulla di questo riguarda il nostro tema. Il PIGEAU, acutamente se vuolsi, ma non rettamente, disse che quel giudice così anatemizzato doveva considerarsi come non aver giudicato, quasichè non avesse mai avuta qualità di giudice; ma gli si è bene risposto, che con ciò si darebbe all'azione civile un effetto retroattivo, esorbitante, assurdo. Delle conseguenze insomma anche gravi potranno derivarne alla stessa parte che troppo presto si rallegrò della vittoria, ma indirette, ma non calcolabili nel giudizio dell'azione civile (TARBÉ, *Lois et réglements de la Cour de cassation*, n^i 1009 a 1020).

Articolo 792.

Quando la domanda sia rigettata, l'attore è condannato nella multa stabilita nell'articolo 787.

Annotazioni.

1. La multa è meritata ugualmente, o la domanda sia respinta subito dalla Corte nella deliberazione preliminare (art. 787), o dopo un giudizio, fors'anche assai lungo e difficile; e qualunque sia il motivo della reiezione.

Accennando a *motivi*, non si afferma la necessità di esprimerli. L'ammissione o la negazione della facoltà di promuovere il giudizio contro il magistrato non esprime, e, secondo me, non deve esprimere la ragione del decidere. La sentenza per contro deve esporli i motivi, come ogni altra. La motivazione non è solo materia di sindicato alle autorità superiori, è anche un ufficio morale della decisione: il rispetto della coscienza pubblica tacitamente e supremamente chiamata a sanzionare della sua approvazione le decisioni giudiziarie (*). Si direbbe, se questa frase mi è lecita, il *pudore della giustizia*. Concedendo o rigettando, dopo un giudizio d'indole contraddittoria, si pronunzia sempre una sentenza.

2. Chi ha scritto sulla materia, osservò che l'articolo 516 della procedura francese (cui si conforma il nostro 792) non fa ragione che della *reiezione dell'istanza*. Non ha dettato, nè poteva dettare la formola dell'ammissione, nè l'oggetto che l'autorità decidente si deve proporre (**). È la condanna del magistrato colpevole, nell'emenda dei danni e interessi. Più fiero sarà il susseguente giudizio, in cui i danni dovranno determinarsi. Intanto ricordiamo queste gravi parole di ULPIANO: « Judex tunc « litem suam facere intelligitur, cum dolo malo « in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo « autem malo facere videtur, si evidens ar- « guatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel « etiam sordes: *ut veram æstimationem litis* « præstare cogatur ».

(*) Dei magistrati legali; il giurì è invece la stessa coscienza pubblica.

(**) Non tocca neppure della *notificazione* della sentenza; ma è nel diritto generale della procedura.

TITOLO III.

DISPOSIZIONI RELATIVE AGLI ASSENTI

Articolo 793.

Nei casi previsti dall'articolo 21 del codice civile il tribunale provvede in camera di consiglio.

Articolo 794.

Il tribunale provvede altresì in camera di consiglio sulle domande per dichiarazione d'assenza, per immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e per ammissione di cauzione, se siano proposte dagli eredi legittimi.

Se queste domande siano proposte da altri interessati, si procede nelle forme stabilite per i giudizi sommari.

Annotazioni.

1. *Generalità di diritto.*

« Lo stato di assenza è diviso in tre periodi: « l'uno di assenza *presunta;* l'altro di assenza « *dichiarata;* il terzo di *presunzione di morte* « *dell'assente* » (VIGLIANI, *Relazione al Senato*).

A questi tre momenti corrispondono tre diversi modi di possesso dei beni ostensibili dell'assente (*); ognuno dei quali modi suppone l'abbandono del possesso dal lato del proprietario. È questa la condizione negativa ma fondamentale del diritto d'ingerenza che primamente assume lo Stato negli affari di un privato. *Assenza*, nel senso del Codice civile, è un concetto morale, più ancora che un fatto fisico; *l'abbandono* animo et actu *della proprietà:* lo Stato la raccoglie; impedisce che si disperda o si consumi; la conserva per l'assente, o per coloro che avranno causa da lui.

Perciò la prima ricerca è, *se ci sia un procuratore.* Il procuratore è la *mens*, lo spirito del proprietario lontano, che rimane attaccato alla sua proprietà. Uomini che viaggiano tutta la vita, e con mutata chioma tornano al loro paese, non furono mai assenti.

L'esistenza del procuratore, comunque le facoltà del suo mandato siano scarse a tutti i bisogni della proprietà, è una protesta permanente contro l'assenza del proprietario; lo Stato supplisce per mezzo de' suoi organi legali alla insufficienza dei poteri del procuratore (**) Ma quello può essere un proprietario improvvido; a rigore, assente non potrebbe dirsi.

Se la procura è scaduta, se non si rinnova, se il proprietario non corrisponde più col suo procuratore, se non riscuote neppure le sue rendite che continuano a versarsi nelle mani dell'antico mandatario, oltre ogni termine delle sue facoltà, s'immuta il modo del possesso, si dà un rappresentante alla proprietà, specie di sequestro legale: è ciò che propone l'art. 21 del Codice civile.

Vi è *presunzione d'assenza.*

2. *Del tribunale competente.*

Il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente è il magistrato competente per tutte le operazioni che potranno occorrere sull'abbandonato di lui patrimonio. La legge sembra porre un'alternativa, ma è veramente tale? Sappiamo che il Codice di procedura, negli speciali suoi fini, preferisce, come luogo di comunicazione degli atti avversi, la *residenza al domicilio.* Il cessato Codice albertino non parlava di *ultima residenza*, ma solo di *ultimo domicilio:* e noi per quel modo di esprimersi del nuovo Codice

(*) Possesso amministrativo. Possesso temporaneo dei successori. Possesso definitivo.

(**) « Se vi è un procuratore, il tribunale provvederà soltanto per gli atti che non potessero farsi dal « procuratore in forza del mandato o della legge (quale « *negotiorum gestor* », articolo 21 del Codice civile. (apoverso).

italiano siamo portati in faccia a tre quesiti. È indifferente scegliere il tribunale del luogo dell'ultima dimora o dell'ultima residenza? O dovrà preferirsi il tribunale dell'ultimo domicilio? O finalmente quello dell'ultima residenza?

Se la stessa ragione militasse per la competenza dell'autorità dell'uno o dell'altro luogo (*), si potrebbe credere che la legge ne avesse lasciata la scelta a chi primo promuove gli atti; a lui la facoltà di determinare la competenza colla prevenzione. Ma a preferire il tribunale del *luogo della residenza* può osservarsi, che questa è la regola che insegna il Codice di procedura; che si deve citare il presunto assente dove sia più facile ch'egli possa rispondere se ivi ha lasciati domestici, amici, persone di sua conoscenza. Se non che pel *luogo del domicilio* si farà valere l'ordine del discorso (giacchè tutto nella legge si reputa studiato e ponderato); il testo prima enuncia il tribunale del *luogo del domicilio*, indi l'altro; che la regola di procedura non tiene qui dove il maggior interesse non istà nella *notificazione di un atto di citazione* che neppure deve farsi; che la vera importanza di un giudizio di questa natura ella è che si faccia dove esistono i beni, oggetto della provvidenza del magistrato; e appunto ove si ha il domicilio, e non dove la residenza, esiste legalmente la maggior forza del patrimonio (articolo 16 del Codice civile).

Le ultime avvertenze hanno senza dubbio un gran valore. Quell'idea che si attacca alla *residenza*; l'idea della perpetua presenza dell'uomo in quel dato punto del territorio, mentre in ogni altro si ritiene più o meno interrotta ed incerta, quell'idea si smarrisce in confronto del concetto di assenza; quell'uomo non è in nessun punto del territorio; se si sapesse dove trovarlo, dovrebbe cercarsi: *ultima residenza* equivale a *residenza che fu*. Io sarei per credere che il più atto, il più pronto, il più indicato a regolare l'amministrazione dei beni dell'assente, e molto più a provvedere alla sua medesima successione, come vedremo più avanti, sia il magistrato locale, quello cioè del luogo ove esistono gli stessi beni, gli stabilimenti industriali, gli immobili dell'assente (**). Ma al concetto della *realtà* è prevalso quello della *personalità*; si è parlato di residenza o di domicilio, come si trattasse di citar la persona, e di trarla a difendersi in giudizio (***). Quindi può bene avvenire, in ispecie per quanto è il luogo della residenza, che il tribunale si trovi a troppa distanza dalla situazione dei beni ai quali deve cominciarsi a dare un'amministrazione, e in seguito saranno anche aggiudicati a dei futuri eredi di un supposto defunto. Ma poichè la legge è così, poichè si è partito dal rapporto personale, anzichè dal reale, pressochè paralizzandosi in questo caso i principii razionali che fanno preferire il tribunale della residenza a quello del domicilio, altri sarebbe tentato a dire che la legge ha voramente proposta un'alternativa, e lasciata la facoltà della scelta.

Conchiudendo, parmi che *si debba preferire* il tribunale del luogo della residenza. Non si può di leggieri dipartirsi dal canone fondamentale scritto nell'articolo 139. Nè fa che la legge abbia usata un'espressione alternata, quasi facoltativa: mentre ci fa ricordare che la stessa forma di dire è usata nell'art. 90.

3. *Secondo momento: dichiarazione d'assenza.*

Dopo tre anni continui di assenza presunta, nei quali il proprietario si è lasciato ignorare, *e dopo sei, ove l'assente abbia un procuratore per amministrare... « chiunque creda di avere sui beni dell'assente dei diritti dipendenti dalla morte di lui*, può domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata » (articolo 22 del Codice civile).

Bisogna intender bene il senso di quelle parole: *dopo sei anni ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare.* Ho già notato che si può star lontano tutta la vita senza incorrere nell'*assenza legale*. Conviene che *per sei anni continui* il procuratore sia rimasto privo di corrispondenza e persino di notizie del suo mandante: silenzio assoluto per sei anni. Allora soltanto il sospetto della morte comincia a prender radice; ma vi sono tante altre cause che impediscono una corrispondenza! Viaggiando nella Lituania, la polizia russa lo colse come un emissario dei Polacchi,

(*) Suppongo l'ultima residenza in luogo diverso da quello del domicilio, come la suppone la legge. Tizio, ora assente, abitava con stabile intenzione in Milano; ma di là portavasi continuo a Modena, ove riteneva la somma de' suoi affari, stabilimenti commerciali, imprese agricole, ecc., ma non vi aveva abitazione; ove occorresse, dimorava in città, e prendeva alloggio in un albergo. . . . . .

(**) Boitard, parlando della competenza, introduce una distinzione, ragionevole, ma non appoggiata dalla legge. « En règle générale, c'est le tribunal du lieu où « l'absent été domicilié qui constate la presumption « d'absence; c'est le tribunal de la situation des biens « qui statue sur les mesures relatives à l'administration».

(***) Il Duranton ha detto bene, che nell'assenza si propone una *questione di stato*.

e lo mandò in Siberia. Non se ne sa più nulla. Ma è molto probabile che per nuove ricerche, anche diplomatiche, e col tempo che la legge pone in mezzo, si arrivi a scoprir la triste esistenza di quell'uomo.

La ingerenza diretta dello Stato non è ancora cessata; ma è venuto il tempo di fondare uno stabile assetto di cose. Si apre una successione provvisoria. Vi è forse un testamento, e allora la volontà dell'assente è la miglior guida. In difetto, si fanno avanti i presunti eredi legittimi. Tutto ciò è stupendamente regolato dal Codice civile (articoli 26 a 35), e noi non dobbiamo occuparcene. Ma fra gli eredi scritti e i presunti legittimi, fra i varii interessati, possono sorgere delle questioni, già prevedute dall'articolo 26; a noi appartiene di esaminare il diritto della competenza.

Una competenza statuita per ordinare una amministrazione; una magistratura che in certo modo si sostituisce, col diritto della necessità, all'azione del proprietario, e provvede temporariamente al governo delle cose sue mediante un curatore che deve anche renderne conto allo stesso tribunale: tale competenza e tale magistratura non hanno la stessa ragione di essere, qualora si rompa una lite fra persone nuove, che vengono a battersi pel diritto di successione, e reclamano la competenza dei loro giudici naturali.

Il tribunale è investito della facoltà di *dichiarare lo stato d'assenza* del cittadino scomparso dal paese; e l'articolo 26 del Codice civile, nel suo primo periodo, ne fa espressa conferma. Ma poco stante lo stesso articolo ci fa sentire di quanta rilevanza siano le determinazioni che si presentano ai giudizi del magistrato. In effetto tutti i diritti di successione vengono a fare le loro prove, sopra un sepolcro non ancor chiuso, egli è vero, a fronte di un risultato che non cesserà di essere condizionale, questo pure è vero; ma ciò nulla influisce sulla natura delle questioni che vanno ad agitarsi, e sul bisogno di deciderlo definitivamente.

Io insisto sopra questo riflesso, perchè la mia mente ne apprende la gravità coll'intuito delle conseguenze.

Se si scopre un testamento, se il testamento è impugnato dagli eredi legittimi, se fra gli stessi eredi legittimi si suscita una questione di prevalenza e di diritto esclusivo; se i donatarii, se i legatarii, se il coniuge dell'assente si disputano le sue spoglie, la sentenza che uscirà da tale contrasto d'interessi, nel supposto che comincia a diventar probabile, che l'assente più non rinvenga, non formerà forse cosa giudicata a tutti gli effetti della successione e dei diritti che con essa s'intrecciano o ne conseguono? Niuno, io credo, potrebbe dubitarne. Ora viene la domanda.

Quale sarà il tribunale competente?

Abbiamo un testo del Codice civile che s'ingerisce di procedura (articolo 21), mentre la procedura non fa che richiamarsi alla disposizione del Codice civile. Quando il legislatore della procedura detta egli stesso i proprii ordinamenti, è meglio: a prenderli dal Codice civile, che non è il loro terreno, non sempre riesce, pel semplice motivo che la legge civile non mette abbastanza attenzione per armonizzare colla procedura; onde la pratica sottile viene a scoprire i vuoti.

Eccoci qua con una legge di procedura, che richiamandosi a quella del Codice civile, se si sta alla lettera, sembra concludere, che il tribunale civile dell'*ultimo domicilio* o dell'*ultima residenza dell'assente*, è il tribunale competente per decidere non solo tutto quanto alla buona condotta e all'amministrazione del patrimonio dell'assente si appartiene, ma eziandio le liti di successione che possono sorgere fierissime fra i pretendenti della sua eredità. Ma questo è forse possibile?

Mettiamo la teorica in esempio. Tizio, assente, aveva la così detta *residenza* in Milano: il tribunale di Milano è stato adito per gli atti di cui fin qui si è discorso. È avanti lo stesso tribunale che *A* e *B*, eredi scritti, domandano e ottengono la immissione in possesso di beni mobili e immobili componenti la successione, i quali si trovano nella provincia d'Ancona. Ma gli eredi legittimi sono convinti che il testamento è nullo, e muovono lite. Io domando: dopochè il patrimonio ha avuto una, benchè condizionale, destinazione; dopochè si è così fabbricato sulla presunzione di morte dell'assente, quelle cause per le quali fu stanziata la competenza *del tribunale dell'ultimo domicilio* o *dell'ultima residenza* del creduto defunto, non sono forse cessate? Come mai la nuova questione, che riguarderebbe i suoi posteri, dovrebbe ancora portarsi a quel tribunale? Eppure se consultiamo l'articolo 21 del Codice civile, e i nostri articoli 793 e 794, non possiamo cavarne altro costrutto. Tuttavia, l'ho già detto, non può esser così. Per la regola generale (articolo 90) il tribunale competente sarebbe quello del domicilio o residenza del convenuti. Ma io son fermo nel credere più presto applicabile il disposto dell'art. 94, perchè trattasi di una vera e propria questione di successione.

4. *Terzo momento. Possesso definitivo.*

Dopo trent'anni dalla immissione nel possesso temporaneo, dopo cento anni dalla nascita dell'assente, la sua morte è un fatto legale, che la storia o la natura può miracolosamente smentire. Il possesso diventa definitivo (articolo 36 e seg. del Codice civile).

L'aggiudicazione definitiva è nelle facoltà del tribunale che fu nell'esordio degli atti investito di giurisdizione, e la conserva per quel principio di continuità che è uno dei cardini dell'ordinamento dei giudizi. La legge ci avverte (articolo 37 del Codice civile) che solo a questo punto la protezione attiva dello Stato cessa, e i suoi organi legali si ristanno come quelli che hanno compita la loro missione. Quantunque vi sia stato di mezzo una decisione di diritto, secondo la ipotesi da noi discorsa nel numero 3° di queste ANNOTAZIONI, non dubito che il tribunale competente per gli atti della definitiva immissione dei beni non sia pur quello della momentanea e transitoria: dopo di che la sua giurisdizione rimane esaurita, e le cose ripigliano l'ordinario loro corso.

5. L'articolo 794 distingue gli eredi legittimi dagli altri interessati nel modo di procedere più semplice e senza contraddittorio. Si risponde adunque in *Camera di Consiglio* alle loro istanze in quanto riguardino: *a*) i provvedimenti iniziali in conformità dell'articolo 21 del Codice civile; *b*) la dichiarazione di assenza; *c*) l'immissione temporanea nei beni dell'assente; *d*) la prestazione della cauzione (*V.* articolo 795). L'interesse dell'assente è difeso dal pubblico Ministero, è protetto dalla giustizia del tribunale; manca in effetto un contraddittore. Non è spiegato se la *immissione in possesso definitivo* sia parimente ordinata in Camera di Consiglio, o si richiegga un giudizio di altra forma.

Nel Titolo XI del Libro VII del Codice sardo del 1859 dettava delle norme, ora soppresse nella nuova redazione, ma soppresse soltanto per una certa parsimonia di dettato, non perchè non siano da osservarsi. Diceva l'articolo 1022 che quando il sospetto di assenza è fondato negli indizi legali, *si fa il ricorso al tribunale dagli interessati* o *dal pubblico Ministero; il ricorso si consegna al segretario* (cancelliere): nel primo caso il segretario *lo trasmette al pubblico Ministero per le sue conclusioni al più tardi il giorno dopo la presentazione*. Il pubblico Ministero *presenta egli pure le sue conclusioni; si delega un giudice*; è intesa la sua relazione in Camera di Consiglio, il tribunale provvede. Lo stesso metodo è tenuto o si tratti *di ottenere la dichiarazione di assenza* (articolo 1023) o d'immissione in possesso provvisorio (art. 1025). Rapporto alla immissione definitiva, anche allora la legge era muta.

Questo silenzio è riflessibile. Se il tribunale dell'azione personale (quello dell'ultimo domicilio o residenza) non si fosse già, per volere della legge, immischiato in quelle dazioni di possesso transitorie, provvisionali, più o meno durature, che si accordano nei primi stadii dell'assenza presunta o dichiarata, il tribunale della immissione definitiva potrebbe con ragione ravvisarsi in quello del luogo ove sono posti i beni. Ma non possiamo noi crearci una giurisdizione diversa da quella che ha stabilita la legge. Fu già mostrato che, intorno a questo argomento, la predilezione della legge è assai scarsa per la competenza locale. I rapporti personali dell'assente coi luoghi da lui abitati, da lui frequentati *in illo tempore*, hanno fatto più impressione, sono stati più efficaci a determinare la competenza. Quel nesso, quella relazione, se volete ancora, quella memoria non ancora cancellata dagli anni, e sopratutto il possesso della giurisdizione; le varie pronunciazioni e provisioni del tribunale che si manifestano come in serie crescente di tempo in tempo; il tornare che fa lo stesso tribunale sulle proposte risoluzioni, o sciogliendo le cauzioni imposte o derogando ad altre cautele che non hanno più ragione di essere (articolo 36 del Codice civile), tutto questo persuade la persistenza della giurisdizione nel tribunale medesimo: e troppo poco è il silenzio, troppo poco è un'omissione, forse riputata innocua, perchè abbia a credersi radice di una competenza nuova e diversa quando si tratta d'immissione definitiva.

6. I soli eredi legittimi hanno lo spazio libero e la porta aperta per domandare al tribunale e ottenere *de plano* in Camera di Consiglio le cose permesse dall'articolo 794. Gli eredi legittimi sono i successori naturali del presunto morto; non hanno a prender briga con altri se non ne prendono fra loro. Gli eredi testamentarii sono in condizione diversa. I primi hanno il loro titolo nei diritti del sangue, nelle disposizioni della legge; i secondi, allegando la *voluntas hominis*, devono provare di più; devono provare un atto regolare, certo e perfetto all'intento che si propone. In uno stato di cose tanto fuori dell'ordinario com'è il presente, la *Camera di Consiglio* non è sembrata garanzia sufficiente: si vuole la forma del *giudizio sommario*. Si deve adunque citare nei modi consueti; i citandi sono gli eredi stessi legittimi. Lode alla sobrietà; ma l'articolo 1025 del Codice del 1859 non ci fece mica

un cattivo servigio spiegandosi più chiaro. Eccone le parole: « Quando intendessero pro« porre la stessa domanda altri interessati, *si « procederà in contraddittorio degli eredi le« gittimi* »: locchè aveva pur detto l'art. 1023, aggiungendo: « s'istituirà il giudizio in via « sommaria ».

Questo precetto non è fatto solo agli eredi testamentarii, ma eziandio agli *altri interessati*. L'articolo 26 del Codice civile ce ne descrive alcuni, e traccia l'ordine processuale che deve praticarsi: « I legatarii, i donatarii, « e tutti coloro che avessero sui beni dell'as« sente diritti dipendenti dalla morte di lui, « *possono chiedere, in contraddittorio degli « eredi, di essere ammessi all'esercizio tempo« raneo di quei diritti* ». Fra gl'interessati si annovera il *coniuge dell'assente* per i suoi titoli matrimoniali o diritti successorii: e può anche *ottenere una pensione alimentaria* sui beni di lui (*) (detto articolo 26, capoverso ultimo). Assumendo il giudizio indole contraddittoria, il magistrato siede *pro tribunali;* vi hanno citazioni, difese, conclusioni, e si pronunziano sentenze, soggette alla censura e alle revisioni dell'autorità superiori come tutte le altre.

7. Contuttociò la sfera della competenza è circoscritta dallo scopo, che è sempre quello di avvisare a mezzi conservatorii, a sistemazioni dedotte bensì dal fondo dei rispettivi diritti, ma peculiari alla circostanza, impsontate di un carattere transitorio; e la preoccupazione del magistrato si potrebbe dire quasi divisa fra l'interesse dell'assente, quello del suo patrimonio, e una giusta estimazione dei diritti dei pretendenti che aspirano prematuramente alla successione. Tutto questo serve a giustificare la competenza del tribunale personale dell'assente; quello cioè del suo ultimo domicilio o residenza (**).

Non sembra tuttavolta doversi rinunziare alla dottrina per noi propugnata al n° 4 di questa nota, in cui si sostiene che, ove fra codesti interessati, qualunque siano, sorgano controversie di diritto che, astraendo dall'oggetto di questa competenza, che è il buono assetto e la rappresentazione del patrimonio dell'assente, non riguardano che il loro interesse, e hanno mestieri di essere ampiamente e radicalmente trattate. In simili contingenze si deve far luogo alla giurisdizione ordinaria: si ha diritto di reclamare i proprii giudici; e sarebbe troppo disforme dai principii del sistema che avessero a giudicarsi a tamburo battente, come suol dirsi, e senza i larghi presidii e le guarentigie dei giudizi formali (***).

Articolo 795.

La cauzione è proposta a norma della sezione VI del capo I, titolo IV, libro primo.

Se la cauzione sia data con ipoteca su beni immobili, il cancelliere deve farne eseguire l'iscrizione, trasmettendo nel termine di giorni cinque dall'atto di obbligazione le note al conservatore delle ipoteche, sotto pena di una multa estendibile a lire cinquecento oltre il risarcimento dei danni.

Articolo 796.

Nell'inventario e nella vendita dei beni mobili si osservano le norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario.

L'investimento del prezzo ricavato dalla vendita e dei proventi scaduti deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale.

Annotazioni.

1. La cauzione è condizione essenziale in quel secondo momento dell'assenza nel quale si fa luogo alla immissione in possesso temporaneo, cessando cioè quel primo periodo di custodia che è affidato ad un curatore giudiziale.

Estese, quasi illimitate, sono le facoltà che

(*) I *creditori* non sono in questa categoria d'interessati, che pretendono invece al diritto di successione (DURANTON, n° 415 e 419).

(**) Le materie sono pure determinate dal nostro articolo 791.

(***) Così: se fosse attaccato di nullità il testamento; se fra gli eredi legittimi sorgesse una questione di diritto di succedere dipendente dalle più difficili applicazioni della legge successoria; se si negasse al preteso coniuge la sua qualità o la esistenza legale del matrimonio, ecc.

gli articoli 26 e 27 del Codice civile attribuiscono al tribunale; i modi di esecuzione, dipendendo dalle sue determinazioni, non possono descriversi dalla procedura; ma la forma con cui deve prestarsi la cauzione è stabilita. Inabilitato il possessore degl'immobili di fare altri atti che di semplice amministrazione (articolo 29 del Codice civile), la cauzione dovrà comprendere *l'importanza dei beni mobili, e di quella parte delle rendite* che potrebbe ricadere al reduce proprietario, secondo le vedute dell'articolo 31 del Codice civile. La cauzione potrà estendersi alla buona condotta e conservazione dei fondi: e questo entra fra i poteri discrezionali di cui il magistrato è rivestito per l'articolo 27 di detto Codice.

2. *Dell'inventario.*

La compilazione dell'inventario è imposta a colui che *ha ottenuto la immissione nel possesso temporaneo* (articolo 29 del Codice civile); l'inventario deve precedere la cauzione che da essa deduce i suoi elementi. L'art. 796 rinvia alle forme stabilite nel Capo II del Titolo VIII di questo Libro.

Io credo che il curatore giudiziale debba formare l'inventario all'atto del suo possesso, quantunque l'art. 21 non gli ingiunga espressamente quest'obbligo. Se non si tratta di coadiuvare un procuratore che abbia pure le sue facoltà e le sue risponsabilità verso l'assente (capoverso dell'articolo 21 del Codice civile) se al curatore giudiziale è affidata, come ordinariamente avviene, l'amministrazione del patrimonio, egli deve cominciare dall'inventario, *caput reddendarum rationum.* Ciò è di regola generale necessario; tanto più che l'amministrazione del curatore potrà durare parecchi anni, secondo le previsioni stesse della legge (articolo 22 e seguenti del Codice civile).

L'inventario formato dal curatore giudiziale presenterà un materiale che dispenserà in parte dalle operazioni descritto nel citato Capo II. Più che altro, sarà un riscontro, un raffronto di oggetti: una nuova descrizione degli stabili onde accertare lo stato presente. Ma l'inventario ordinato dall'articolo 796 ha uno scopo che chiameremo più giuridico. Non è semplicemente l'inventario richiesto dalla necessità dell'amministrazione, *è l'inventario di una eredità.* Quindi nuovi interessi e nuovi rapporti di diritto vi sono congiunti. Fra le formalità indispensabili è quella della citazione prescritta nell'articolo 868.

3. *Dell'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario.*

In questo stato di cose raffigurandosi una vera eredità, i diritti che ne provengono non sono punto alieni da quelli che si suscitano dall'eredità di un sepolto, da un'eredità certamente e definitivamente delata. Non sarà mica improbabile che un patrimonio abbandonato, sia tutt'altro che ricco. Forse debiti ed imbrogli ne saranno il principale retaggio misto a capitali effettivi, onde occorra molto esaminare ed appurare. Il curatore giudiziale si sarà schermito, avrà camminato alla meglio, evitando pregiudizi; ma in generale non avrà potuto metter mano ad operazioni radicali. Insomma si sentirà il bisogno *di accettare l'eredità col benefizio dell'inventario.*

Il problema è arduo e nuovo, e siamo costretti a portarci un po' più avanti nell'esame del Codice civile.

L'obbligo di redigere l'inventario ereditario nelle forme consuete, col concorso degli interessati nell'eredità, eredi legittimi presunti, esecutore testamentario, legatarii, creditori, è legge assoluta dell'articolo 796. Evidente è con ciò che nella mente del legislatore l'eredità si reputa già deferita, benchè sottoposta all'eventualità non ancora improbabile, nè remota, della ricomparsa del presunto estinto.

A parte l'avverarsi di tale eventualità, che poi si viene sempre allontanando collo scorrer del tempo, che manca alla successione ereditaria ed a tutti i suoi effetti? Si aprono le tavole testamentarie: s'interroga la volontà di un uomo che non parla ai viventi se non è defunto; l'eredità si aggiudica secondo la più verosimile intenzione del testatore; quel testamento può essere annullato in formale giudizio; similmente la successione dei legittimi è regolata secondo gli apici del diritto civile. Ebbi occasione di notare che le decisioni che emanano dai tribunali sopra tali controversie, sono durature e perenni, e vere cose giudicate; e non solo danno regola al tempo intermedio, ma anche al futuro, eccetto sempre che il fantasma del trapassato non venga a scompigliare ogni cosa. È tanto vero che l'immesso in possesso temporaneo, quando lo sia in forza di diritti controversi e decisi, e più non tema contradditori, ottiene dopo i trent'anni *de jure* il possesso definitivo; ossia cangia il suo titolo di possedere da temporaneo in definitivo, ciò argomentandosi ben chiaramente dall'art. 36 del Cod. civ. (*). L'erede

(*) L'articolo 36 dice: *Il tribunale pronuncia la immissione nel possesso definitivo* (del possessore attuale), *e dichiara sciolte le cauzioni*, ecc.

da presunto diventa certo, la sua disponibilità vincolata diventa libera: e questa pienezza della proprietà non deriva perchè *in lui siano accresciute qualità giuridiche che prima non avesse*, ma per la cessazione di ostacoli estrinseci, da lui indipendenti.

Posta questa base al nostro discorso, noi facciamo il seguente quesito: *Può accettarsi l'eredità col benefizio dell'inventario? Come si dovrà o potrà procedere* nel caso che l'eredità sia veramente gravata da debiti; e quale sarà la condotta di quest'erede beneficiario impreveduto dalla legge?

Senza dubbio con questa ricerca, con questa formola, noi pensiamo alla *proprietà*, più ancora che al possesso. Ma a questa comprensione sembrerebbe far contrasto la costante e, si direbbe, pressochè consacrata dizione del Codice, *di possesso ora temporaneo, ora definitivo*, ma sempre possesso, e non si pronunzia la parola *proprietà*. Può credersi che questo bellissimo titolo del Codice avesse pur d'uopo di essere ritoccato per far intendere chiaramente che dove si dispone del possesso, s'intende anche di disporre sino ad un certo punto della proprietà; e dico *sino ad un certo punto*, perchè non sarebbe vero che disponendosi del *possesso* sulle apparenze del diritto, si disponga anche della proprietà; ma quando il possesso è attribuito ad una prevalenza di diritto, contraddittoriamente decisa, allora si dispone realmente della proprietà, *non di fronte all'assente, ma per quanto riguarda i diritti dei contrarii pretendenti.*

Il possesso, mi sia lecito ripeterlo per la grande importanza di questo concetto, dei beni dell'assente importa ricognizione di titolo e di diritto; un vero diritto di successione. Io però sono venuto distinguendo fra immissione incontroversa ed immissione controversa e procedente da dichiarazione giudiziale del diritto, e mantengo la distinzione, attribuendo all'una o all'altra effetti molto diversi. Quindi, secondo il mio modo di vedere, l'erede legittimo che, documentando al tribunale il suo grado, ottenne senza contraddittore e in Camera di consiglio il possesso temporaneo (*), non ha per sè che una *præsumptio juris*, e dovrà sostenere gli attacchi degli altri pretendenti (**). All'incontro, se la immissione fu la conseguenza di un giudizio in cui i diritti delle parti furono discussi e riconosciuti, egli, in confronto di quei contendenti, è difeso dallo scudo della cosa giudicata (***).

Pertanto chi per ottenere il possesso dei beni avesse spiegata la sua qualità d'erede legittimo, e sostenuto questo suo diritto di erede in confronto di contraddittori senz'alcuna riserva, ovvero passando a formare l'inventario avesse ancora raffermata questa sua qualità senz'alcuna riserva, *dovrebbe considerarsi erede puro e semplice, e soggetto a tutti i debiti della successione.*

Pare dunque che sia della più volgare prudenza, in faccia ad un patrimonio mal conosciuto, accettare l'eredità *col benefizio dell'inventario;* sì per gli eredi legittimi che pei testamentarii.

Ma qui si può dire comincia la difficoltà, e la ricerca in certo modo si generalizza, stando in vedere *se e quali operazioni e mutazioni radicali possano anche eseguirsi sul patrimonio dopo la dichiarazione d'assenza, e prima del possesso definitivo.*

Noi siamo venuti supponendo un'eredità beneficiata, e possiamo pure supporla carica di passività e perseguitata dai creditori.

L'articolo 28 del Codice civile determina quali siano le facoltà, e quale la misura del godimento del possessore temporaneo. « L'im« missione nel possesso temporaneo attribui« sce a coloro che la ottengono ed ai loro « successori l'*amministrazione dei beni dell'as« sente*, il diritto di promuoverne in giudizio « le ragioni e *il godimento delle rendite dei « beni dell'assente, nei limiti stabiliti in ap« presso* » (articoli 30 e 31).

L'articolo 28 autorizza il possessore *a promuovere in giudizio le ragioni dell'assente*, come un curatore, come un utile gestore, a migliorarne la sorte, a difenderne i diritti; ma è ben lontano dall'attribuire al possessore azioni di proprietà *esercibili in proprio nome e nel proprio interesse*, poichè qualunque sia il titolo giuridico che gli ha fatto acquistare il possesso in confronto di altri pretendenti, rispetto però alla persona dell'assente e innanzi al problema della sua morte, egli è sempre e nulla più di un possessore *ad tuendas res*, e rappresentante di lui.

(*) Il possesso definitivo si pronunzia con sentenza in udienza pubblica, contraddittore il pubblico Ministero (Duranton, n° 501).

(**) Anche indipendentemente dalla combinazione prefissa dall'articolo 41 del Codice civile.

(***) Resta sempre possibile quello spostamento di rapporti giuridici che prevede il citato articolo 41, mentre se venisse a provarsi il *giorno certo della morte*, l'ordine stesso della successione potrebbe notabilmente alterarsi; laddove, non provandosi questo fatto, o non provandosi che quell'uomo ha esistito in un tempo posteriore, *la data della morte si fa presuntivamente risalire al giorno dell'ultima notizia* (articolo 26 del Codice civile).

Ma la legge ha pnre prevednta la necessità *di alienare* o *ipotecare i beni immobili* dell'assente (articolo 29). Che si richiede? L'antorizzazione giudiziale. Che si tratti di un erede beneficato o no, torna indifferente; lo stesso cnratore gindiziale può essersi trovato in simile necessità. Se il proprietario disparve lasciando i suoi beni sotto pressanti esecuzioni, o la sna amministrazione imbarazzata in debiti d'ogni maniera, gli si renderà un benefizio, regolando e moderando le operazioni che occorrono per migliorare la condizione delle cose, e salvare in parte la sostanza abbandonata. La domanda adnnqne sarà fatta al tribunale; giustificata, e sentito il pubblico Ministero, anche per questo si provvederà in Camera di consiglio.

Pnrgato il patrimonio, ridotto a' suoi minimi termini, il possesso delle reliquie salvate dal naufragio continuerà nello stesso possessore che percepirà le rendite, secondo le disposizioni degli articoli 30 e 31 del Codice civile, e le cauzioni potranno essere proporzionalmente ridotte.

Ma possiamo anche fingere il caso che i debiti superino l'attivo della sostanza; che verrà di coloro che sostennero il loro diritto di eredi o legittimi, o testamentarii; fecero l'inventario, ma non la dichiarazione proposta dall'articolo 955 del Codice civile, e quindi *sono eredi puri e semplici?*

Ecco nn'altra domanda più grave ancora delle precedenti, alla quale però non posso dare che poche parole. *I creditori avranno azione di perseguitare codesti eredi, nel periodo trentennale dell'articolo 36, come si trattasse di un'eredità definitivamente acquistata?*

Io non potrei ammetterlo. Il diritto dei creditori non è ancora acquisito; esso è ancora incerto, eventuale; quindi non posseggono azioni personali esercibili contro l'erede presunto, che nulla ha ritratto dai beni dell'assente. È necessario o che la morte dell'assente sia provata, o si verifichi la presunzione legale, i cui requisiti sono determinati nel suddetto articolo del Codice civile. L'incanto possessore che si qualificò erede, o non si provvidde dei rimedii legali, ha bensì contratto nna obbligazione personale verso i creditori, ma gli stessi creditori che non avevano diritti reali sul patrimonio, devono subire quella condizione di cose, ed aspettare che l'erede sia certo e verificato.

4. Dell'amministrazione dei beni del condannato a pena criminale.

L'articolo 1029 del Codice di procednra civile piemontese del 1859, in conformità dell'articolo 989 del precedente, così scriveva: « Le disposizioni del presente Titolo relative « all'amministrazione ed immissione provvisoria nel possesso dei beni dell'assente sono « applicabili ai casi della perdita di diritti civili per condanna criminale ». E più non si legge nel Codice di procednra italiano.

Certamente in quell'articolo si confondevano i diritti civili coi diritti patrimoniali. La immissione nel possesso dei beni non poteva riguardare che qnesti ultimi. L'articolo 44 del Codice civile albertino indicava le privazioni alle quali soggiaceva il condannato a morte; fra queste, *la perdita del possesso e del godimento di tutti i suoi beni e della disponibilità della proprietà dei medesimi.* L'articolo 20 del Codice penale ancora vigente richiama il snddetto articolo 44, estendendone la penalità ai condannati nei lavori forzati a vita. Quell'articolo è stato abrogato dal nnovo Codice civile. Se non che l'articolo 22 dello stesso Codice penale, parlando dei condannati alla pena dei lavori forzati a tempo e alla reclusione, decreta che *durante la pena sono in istato di interdetto legale*, e ad essi nominarsi un cnratore per amministrarne i beni. Queste leggi essendo in vigore, convien ritenere che sebbene abrogato l'articolo 44, persista tnttavia per le pene maggiori qnella interdizione che per le minori è conservata. Ragionata e ginsta è l'abolizione dell'articolo 1029, mentre nessun rapporto logico, nessuna possibile analogia pnò ravvisarsi fra la interdizione del condannato e l'amministrazione de' suoi beni con qnella vasta trasformazione di diritti che si genera dallo stato di dlutnrna assenza.

Bisogna tuttavia ritenere sussistente nna disposizione simile per quanto concerne il modo di procedere. Il tribnnale civile, *in Camera di consiglio, col voto del pubblico Ministero*, nomina il cnratore ai beni del condannato, e rende gli ordini necessarii. Il tribunale competente non può essere che qnello della precedente residenza o del domicilio dello stesso condannato.

Digitized by Google

TITOLO IV.

DISPOSIZIONI RELATIVE AL MATRIMONIO, ALL'AUTORIZZAZIONE DELLA DONNA MARITATA E ALLA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

CAPO I.

DEL MATRIMONIO

Articolo 797.

Per le opposizioni al matrimonio deve osservarsi il procedimento sommario.

Il termine per appellare dalla sentenza del tribunale, che rigetta l'opposizione, è di giorni quindici dalla notificazione di essa.

L'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

Annotazioni.

1. La Sezione II, Capo I, Titolo V, Libro I del Codice civile ci narra *le condizioni necessarie per contrarre matrimonio.* Nel Capo III è schierata l'*opposizione*: specie di controllo che si aggiunge all'attenta sorveglianza dell'uffizio dello Stato civile, e fa emergere quegli ostacoli che sfuggono o non possono percepirsi dai documenti presentati all'uffizio. Anche gli interessi privati sono messi in giuoco, cospirando ad un fine coll'interesse pubblico; ma è l'interesse pubblico che siede in cima del pensiero del legislatore; quindi l'opposizione è affidata al magistrato (al pubblico Ministero, articolo 87 del Codice civile).

Lo Stato ha detto: il matrimonio è cosmopolita; il matrimonio è di diritto naturale, e possono contrarlo cattolici, musulmani, bramini, atei, nulla credenti. Fondamento della società umana, è insieme un gran dovere religioso: ma a tutti gli uomini non detta la stessa coscienza; lo Stato rispetta tutte le convinzioni religiose, non occupandosi di alcuna. O la legislazione matrimoniale è impossibile, o bisogna comporla sotto il punto di vista della società civile. Così si è fatto da noi dopo lunghe lotte e lamenti non ancora cessati di persone pie, le quali non veggono che a questo modo si moltiplicano bensì i doveri, ma non si elidono; se la legge umana reclama la parte sua, la divina è in pieno possesso della propria, e si svolge in una sfera parallela e indipendente (*).

La legge ha preferito ad ogni altro modo di discussione il contenzioso ordinario. « Ogni « atto d'opposizione, dice l'articolo 88 del Co« dice civile, deve esprimere la qualità che at« tribuisce all'opponente il diritto di farla, le « cause della opposizione, e *contenere l'elezione « del domicilio nel Comune ove siede il tribu« nale, nel cui territorio si deve celebrare il « matrimonio* ».

Così impariamo dal Codice civile quale sia il tribunale competente. Sappiamo però dall'articolo 93 che il matrimonio si celebra innanzi all'ufficiale civile *del Comune ove uno degli sposi abbia domicilio o residenza.* Per-

(*) Una delle più stupende dimostrazioni che siano state fatte di questo alto concetto è la Relazione fatta al Senato dal commendatore VIGLIANI.

altro ci avverte l'articolo 96 che *per necessità* o *convenienza* (termini assai lati) il matrimonio può celebrarsi *in un Comune diverso*.

2. Perciò il *luogo* della celebrazione del matrimonio è, come dev'essere, rimesso molto facilmente al volere degli sposi, alle oneste vedute delle famiglie, subordinato a quella che la legge chiama con felice vocabolo *convenienza*. Non veggo difatti nel Capo VI, fra le cause di *nullità del matrimonio*, annoverarsi la diversità del luogo in cui sia stato celebrato.

Se a quest'effetto la circostanza del luogo non ha troppa importanza, può averne a stabilire la *competenza del tribunale della opposizione*.

Osserviamo primieramente che il luogo della *necessità* o della *convenienza* per un matrimonio *futuro* non può servire a criterio di competenza nè per le parti che fanno la opposizione, nè pel tribunale. Non essendo questa che una limitazione, il tribunale, nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio, sarà quello dell'articolo 93.

E qui un altro dubbio. Se preferibilmente debba citarsi avanti il tribunale *del luogo della residenza*. Altro è che sia indifferente per la celebrazione del matrimonio il luogo *del domicilio o della residenza*, perchè, coll'eleggerlo, gli sposi fanno uso di onesta libertà, a veruno dannosa; altro è che quando *agitur de judicio*, sia lecito citare, in azione personalissima, piuttosto al tribunale del domicilio che a quello della residenza, contro la regola di procedura (*).

Io credo dunque doversi preferire il tribunale *della residenza di uno degli sposi*, quando sia conosciuta.

3. *Procedimento.*

Il procedimento è *sommario*. L'intervento del pubblico Ministero indispensabile (articolo 346, n° 4). Niuna restrizione alla legge comune, fuor quella dei termini dell'appellazione.

Ma nell'articolo 67 del Codice civile s'incontra una limitazione alla quale il Codice di procedura sembra rimanere estraneo.

Gli ascendenti e, in mancanza di ascendenti, il Consiglio di famiglia prestano un consenso, che è condizione indispensabile della validità del matrimonio (articoli 63 e seg.). Il rifiuto, generalmente parlando, come cosa negativa, non ha d'uopo di formularsi in un ricorso; onde l'articolo 67 determina: « Contro « il rifiuto di consenso degli ascendenti o del « Consiglio di famiglia o di tutela, *il figlio mag-* « *giore d'età può far ricorso alla Corte d'ap-* « *pello*. La stessa facoltà, *nell'interesse delle* « *figlie* o *del figlio minore*, è attribuita al pub- « blico Ministero ».

Singolare procedura è questa che prescinde dalla giurisdizione ordinaria del tribunale, e fa del rifiuto una specie di decisione autorevole dalla quale s'interpone richiamo alla Corte. Vi è certamente qualche alta veduta in questa determinazione della legge. Nella relazione VIGLIANI si leggono queste parole: « Fu ravvi- « sato altresì opportuno di deferire alla Corte « d'appello, anzichè al tribunale civile, la co- « gnizione sommaria del richiamo, a porte « chiuse, sentite le sole parti, senza l'inter- « vento delle parti, sentito pure il pubblico « Ministero; e ciò per imprimere maggior so- « lennità alla causa, e perchè la suprema au- « torità della Corte d'appello porge eziandio « ragione a sperare la più facile conciliazione « delle parti ». Parificare la deliberazione dei genitori ad una sentenza è cosa piena di dignità; evitare lo strascico di due gradi di giurisdizione, prudenza; affidare il delicato giudizio direttamente, esclusivamente alla Corte suprema, è l'omaggio reso ad una volontà profondamente rispettabile. Il metodo stesso che è prescritto forma eccezione a tutto il sistema. Udienza (quindi non Camera di consiglio); esclusione di difensori, quasi l'arte e l'eloquenza siano temibili in questa specie di contenzione famigliare; intervento del pubblico Ministero, che deve portarvi l'elemento della più assoluta e fredda imparzialità; decisione senza motivi, affinchè non si alzi al pubblico il velo del segreto, e quindi nessun sindacato dell'Ordine supremo.

4. *Del diritto di opposizione e dei suoi effetti.*

« L'opposizione fatta *da chi ne ha la fa-* « *coltà*, *per causa ammessa dalla legge*, so- « spende la celebrazione del matrimonio (arti- « colo 90) sino a sentenza passata in giudicato, « per la quale sia rimossa la opposizione ».

L'*opposizione* sospende la celebrazione del matrimonio. Postulato giuridico perfettamente consono al fine. Quale rimedio volete darmi dopo la consumazione del matrimonio che compensi lo scandalo della sua dissoluzione? Ma la proposizione, di semplice e netta che dovrebb'essere, rimane offuscata da quest'ar-

(*) L'art. 89 del Codice civile dichiara quali sono le persone da citarsi: « L'atto sarà notificato nella forma « delle citazioni agli sposi e all'ufficiale dello Stato ci- « vile, dinanzi al quale il matrimonio dev'essere cele- « brato ».

ticolo che fa della procedura nel Codice civile, senza che la procedura vi porti schiarimento.

Qui due condizioni sembrano richiedersi all'effetto che la opposizione sia sospensiva: 1° *che sia fatta da chi ne ha la facoltà*; 2° *per causa ammessa dalla legge*. Ma vi è forse qualche cosa di preliminare o, direi, di pregiudiziale in siffatti requisiti della opposizione; o non formano essi il merito e la sostanza della opposizione medesima? Munita di tali numeri, l'opposizione non solo dovrebbe aver effetto sospensivo, ma altresì trionfare e rendere impossibile il matrimonio. La questione sta appunto in ciò; si eccepirà mancare l'azione, la legge invocata non essere applicabile; si vincerà fors'anche con questa eccezione; ebbene, s'interporrà appello. Non sarà forse ufficio della Corte d'appello il decidere una controversia, che per l'oggetto almeno è gravissima? Vi è dunque della superfluità e della inesattezza nella redazione dell'articolo 90 del Codice civile.

Quella stessa ragione, essere infinitamente meglio che il matrimonio si protragga o s'impedisca, anzichè, dopo contratto, si rompa e si dissolva, ci farebbe proclivi a credere che, finchè non fosse definitivamente *rimossa* la opposizione coll'esaurimento di tutti i rimedii legali ordinarii e straordinarii, non si dovesse permettere il matrimonio. Con questa vista *l'istanza in rivocazione* o *il ricorso in cassazione* sarebbero contro la natura loro sospensivi. Ma le parole della legge *sino a sentenza passata in giudicato, per la quale sia rimossa la esecuzione*, non potrebbero senza violenza tradursi oltre il loro significato che si arresta alla decisione d'appello, quando la sentenza non abbia conseguita la stessa efficacia per non essersi interposto appello.

5. *Dell'azione di nullità del matrimonio, e della cosa giudicata.*

In tema generale, respinta per cosa giudicata la opposizione, non potrebbe più dopo il matrimonio riprodursi fra le stesse parti lo stesso merito sotto forma di azione di nullità. Se, per esempio, fu promossa opposizione al matrimonio, attesochè le persone che hanno diritto di negare l'assenso, si dichiaravano contrarie per ragioni più o meno plausibili, mentre si faceva contrasto a questo preteso diritto o per la qualità loro, o per altri motivi (articoli 63, 64, 65, 66, 67 del Codice civile), e la Corte d'appello decise per la insufficienza del dissenso, gli ascendenti non potrebbero per la stessa causa invocare l'articolo 104 del Codice civile onde annullare il matrimonio.

Se la opposizione al matrimonio fu elevata d'ufficio dal pubblico Ministero, e venne respinta, si potrà per lo stesso titolo promuovere azione di nullità del matrimonio?

Il quesito può dar luogo a ricerche e soluzioni separate.

a) Il pubblico Ministero è forse il rappresentante di tutti coloro che hanno azione ed interesse di opporsi al matrimonio?

b) O non esisterà cosa giudicata, se anche non sia intervenuta, o almeno citata la parte che potrebbe di poi per la stessa causa provocare la nullità del matrimonio?

c) Vi è mai caso in cui le parti citate o intervenute in giudizio possano per la stessa causa, che non venne accolta in linea di opposizione, muovere azione di nullità?

d) Vi è forse ragione a distinguere fra nullità assolute e relative?

Io non faccio un commento al Codice civile che in questo Titolo, nuovo per noi, mi darebbe messe di copiose considerazioni, ma colgo molto parcamente ciò che interessa il mio argomento.

Le cause di *opposizione* (meno quella dell'articolo 57) si traducono in cause di nullità quando è seguito il matrimonio, con quelle modificazioni peraltro che alla saggezza del legislatore furono consigliate da certi fatti consensuali e ratibiativi. La legge non impone nè tempo, nè termine; chi non ha fatto opposizione, può chiedere la nullità; ma noi ci siamo fatti ad osservare se possa riprodursi sotto forma di nullità quella opposizione che fu inutilmente sperimentata sotto forma di eccezione preventiva; e, in genere parlando, si è risposto negativamente.

Assumendo ora la risposta alle predette quattro ricerche che verrebbero o limitando il principio, o a presentare nuovi aspetti della questione, deve precedere la distinzione *fra nullità assolute e relative.*

E vogliamo misurarla non da considerazioni astratte, ma seguendo i placiti legislativi, che infine corrispondono a ciò che vi ha di più o meno essenziale nell'ordine del giure naturale o sociale.

La legge ce ne dà chiara notizia in questo, che le nullità assolute non ammettono transazioni nè tacite nè espresse: stanno indipendenti da volontà di parti per morbo insanabile e mortale da cui l'associazione matrimoniale è viziata; le quali si riducono alle cause seguenti: 1° la precedenza di altro matrimonio attuale e valido; 2° la parentela ed affinità in linea retta; 3° la parentela di primo grado fra i collaterali; 4° la parentela spiritnale di adottante e di adottato per quanto si estende

la proibizione dell'articolo 60 del Codice civile; 5° la condanna criminale per reato d'omicidio volontario commesso, mancato o tentato, nella persona di uno dei coniugi, secondo l'articolo 62. Tutte le altre devono considerarsi *nullità relative*, sanabili col silenzio, col tempo, colle adesioni e, occorrendo, colla dispensa Reale (articolo 68).

Nondimeno vi è un confine per ogni cosa nel mondo; le più gravi e formidabili cause di nullità si decidono per cose giudicate, e non sono più proponibili; la cosa giudicata che ne respinge la domanda, dichiarando che la supposta causa di nullità non esiste, soddisfa alle più scrupolose esigenze.

Ma come non vi è cosa giudicata se non concorrono le nozioni indicate nell'articolo 1351 del Codice civile, e potendosi dal pubblico Ministero, nell'interesse generale che rappresenta, provocare opposizione al matrimonio (articolo 87 del Codice civile), è da vedersi *se il giudicato in suo contesto proferito faccia stato* quoad omnes (*).

Bisogna andar adagio e distinguere. La legge c'insegna nell'articolo 89, che l'atto di opposizione deve notificarsi *nella forma delle citazioni agli sposi* e all'uffiziale dello stato civile. Sono questi i soli e necessarii contraddittori nel giudizio di opposizione. Lo sarebbe lo stesso pubblico Ministero, se altri fuori di lui promovesse simile giudizio.

Se in confronto degli sposi e del pubblico Ministero *è stata decisa la esistenza di un impedimento legale alla celebrazione del matrimonio*, è manifesto che tal giudicato fa stato *quoad omnes*, nè più la questione potrà essere rinnovata da altri che pretendessero dimostrare che l'impedimento non esiste.

Se invece l'opposizione non è ammessa, ma è rigettata, allora la posizione giuridica cangia notabilmente.

Io non parlo adesso di quelle cause di nullità del matrimonio che sono *diverse* da quelle per cui si tentò l'opposizione. Nessuno dubita che in questo caso vi sia pur l'ombra di una cosa giudicata.

Ma supponiamo che si tratti della *causa medesima*. Dirò in generale, che quelli che non furono chiamati e non ebbero parte nel giudizio di opposizione, possono sempre promuovere l'azione di nullità se loro competa. *L'esistenza di un impedimento, togliendo la possibilità del matrimonio, vale per uno come per tutti;* ma la negazione dell'impedimento dichiarata in contesto di alcuni citati, non *afficit* gli altri che non furono citati e che possono riuscire a dimostrare ciò che gli altri non hanno potuto (**).

Aggiungo un'altra novità o specialità della presente combinazione: che persone citate in quel giudizio, nel quale fu rigettata la opposizione, possono, a matrimonio contratto, riassumere la causa in via di azione, non ostando la cosa giudicata: e *sono gli sposi*.

Questa proposizione a me sembra vera, quanto ad altri può sembrare ardita. Mi valga a dimostrazione l'esempio. Il pubblico Ministero venne in sospetto che lo sposo promesso fosse legato in matrimonio con altra donna. Promosse il giudizio. Lo sposo si schermì dall'attacco, in guisa che l'istanza ebbe fine contrario, e il matrimonio fu celebrato. Appresso, o pentimento o rimorso che lo muovano, il marito stesso assume di provare che il secondo matrimonio è nullo; oppure la moglie, meglio informata dei fatti, ne chiede l'annullamento. Non varrà il dire che esiste in opposto la cosa giudicata. Francamente può sostenersi che non *est eadem persona* quella che oggi assume l'azione e la prova. Il fidanzato, vagheggiando le nozze per una ragione qualunque, combatteva la domanda: maritato, la sua obiettiva è cangiata; gli è caduta la benda, e sente il bisogno della verità; tanto meno la regiudicata potrebbe opporsi alla moglie ingannata, che non fu in grado di appoggiare lo sforzo del pubblico Ministero. Vero è che trattandosi di bigamia e di nullità assoluta, l'ordine sociale, un principio superiore, un diritto imprescrittibile reclamano la dissoluzione del matrimonio; ma io penso altresì essere sempre libero agli sposi l'esercizio dell'azione di nullità, non sanata, malgrado lo inutile esperimento della opposizione che non può supporsi dallo stesso coniuge provocato anteriormente, poichè dipendeva da lui il non contrarre matrimonio. Vi è sempre un interesse troppo vivo di moralità e d'ordine perchè possa prevalere a tutto questo il rigore giuridico, che del resto non si offende da una condizione di cose che sfugge alla teoria generale della cosa giudicata? (***).

È poi evidente che vi hanno cause di nul-

(*) Come si dice avvenire nelle cause penali: teoria da noi lungamente discussa nel trattato *Dell'azione penale*, §§ XVI, XVII, XVIII, XIX.

(**) Il pubblico Ministero introdusse *opposizione al matrimonio* perchè lo sposo affetto d'infermità di mente era interdetto; il fatto non potè allora concludentemente stabilirsi: in seguito il Consiglio di famiglia ha impugnato il matrimonio (articolo 112 del Codice civile), ed ha ottenuto l'annullamento.

(***) Quindi non si potrebbe giammai cotale specialità trarre a conseguenze generali; sarebbe troppo pericoloso l'asserire che, col cangiarsi la obbiettiva dell'inte

lità che non poterono formar materia di opposizione (*V.* gli articoli 105 e 107 del Codice civile) (*).

6. Il *tribunale competente* per l'azione di nullità del matrimonio è quello del luogo della residenza, domicilio o dimora.

Articolo 798.

Sopra i ricorsi contro l'ufficiale dello stato civile, nei casi indicati negli articoli 75 e 98 del codice civile, il tribunale provvede in camera di consiglio.

CAPO II.

DELL'AUTORIZZAZIONE ALLA DONNA MARITATA

Articolo 799.

La domanda d'autorizzazione giudiziale nei casi indicati nell'articolo 136 del codice civile deve proporsi con ricorso.

Annotazioni.

Il Codice civile dichiara in quali casi l'autorizzazione del marito è richiesta (articoli 134 e 135). Negli studii e nelle discussioni tanto estese e tanto dotte che hanno preparato il Codice italiano, la indipendenza, che potrebbe anche appellarsi l'autonomia della moglie, ha avuto dei propognatori molto solenni (**). Ma io sono lieto che la idea d'ordine abbia prevalso. « Indipendenza siffatta della moglie, « disse nella Relazione al Senato l'illustre Vi« GLIANI, oltre di offendere i diritti della fami« glia, sarebbe contraria: 1° al principio della « protezione che il marito deve alla moglie, e « che sarebbe vana ed illusoria quando non le « potesse impedire di disperdere la sua for« tuna con atti sconsigliati; 2° alla deferenza « che la moglie deve al marito, capo della fa« miglia, più atto per disposizione di natura a « tutelarne gli interessi e ben dirigere gli atti « più importanti della vita civile; 3° infine a « quella unità e comunione individua di tutte « le cose della vita in che è riposto il carattere « più essenziale della società dei coniugi. Tale « unità e tale comunione si troverebbero espo« ste a continue e pericolose turbazioni ove la « moglie potesse agire circa i suoi beni in modo « affatto indipendente dal marito ». Rispettiamo l'alto senno di codeste considerazioni. Noi le crediamo perfettamente approvate dall'esperienza. La donna, maggiore di età, è capace; la moglie non perde la sua capacità; ma appunto perchè è moglie subisce una condizione di dipendenza durante quello stato. Vi è di più. Come moglie e come madre assume dei doveri verso la famiglia; il marito, coll'autorizzazione, esercita un diritto che malamente si direbbe *tutorio;* è piuttosto *maritale*, cioè proprio della sua posizione giuridica; inalienabile, perchè, verso la propria famiglia, ha il carattere di un dovere.

Una *sostanziale* ed eloquentissima mutazione ci porta il Codice italiano da quello che il Codice albertino stabiliva in caso non potesse il marito esprimere la sua volontà, per difetto di mente, per età, o altre cause diminuenti la capacità di lui. Secondo quella legislazione, comune del resto agli altri Stati più o meno codificati, la moglie era considerata in una condizione abituale d'incapacità; subiva, come quella del marito, la tutela del giudice che gli era surrogato. Oggidì, compartecipazione di diritti, dovere di famiglia, dignità di grado, rivestono di tale facoltà il marito: scaduto egli stesso, impotente di esercitarla, la moglie ri-

resse, venga meno la identità della cosa giudicata, quantunque ciò possa accadere acquistandosi da una delle parti diritti nuovi e una nuova rappresentanza.

(*) Non allegandosi che *dopo* il matrimonio.

(**) La relazione ministeriale fu combattuta dalla senatoria, relatore il commendatore VIGLIANI.

torna nella pienezza della sua libertà: *l'autorizzazione del marito non è più necessaria* (articolo 135); nè all'autorità di lui è surrogata quella del magistrato. Ciò deriva logicamente dalla capacità della donna come persona: la capacità si accorda benissimo colla dipendenza, che è concetto d'ordine e di grado; ma la dipendenza cessa quando non vi è più il potere di comandare. Laonde si rivelano le concezioni profondamente diverse delle due legislazioni. L'ultima, com'è di ragione, attesta il proprio progresso, riconciliando la teoria della libertà e dell'ordine. Quindi se il capo di famiglia non è più, se l'ossequio si converte in una santa memoria, la donna si trova costituita, per diritto di natura, nella patria podestà, non acquista improvvisamente, e per un nuovo spirito infuso in lei, quella capacità che non aveva, ma solo l'esercizio più libero, l'esercizio autonomo delle sue facoltà (*).

Altra notevolissima differenza fra le due legislazioni, che il Codice albertino vietava l'*autorizzazione e il consenso in genere, benchè stipulati nel contratto di matrimonio* (art. 136). Per contro il nostro articolo 134, capoverso, scrive: « Il marito può, con atto pubblico, dare « alla moglie l'autorizzazione in genere per « tutti o per alcuni di detti atti (fra i quali di « stare in giudizio), salvo a lui il diritto di re- « vocarla ».

Una terza finalmente, che la proibizione di *stare in giudizio* era assoluta per ogni affare, per ogni debito contratto dalla donna, ed ora è ristretta a *quegli atti* di maggiore importanza che vengono designati nell'articolo 134 del Codice civile.

Articolo 800.

Il cancelliere presenta immediatamente il ricorso al presidente del tribunale il quale stabilisce il giorno in cui il marito dovrà comparire personalmente davanti il tribunale per esporre i motivi del rifiuto.

Copia del ricorso e del decreto è notificata al marito nella forma delle citazioni, nel termine stabilito dal decreto stesso.

Annotazioni.

1. L'articolo 136 del Codice civile e l'800 e seguenti della procedura ci fanno certi che un *ricorso* (cioè una domanda senza citazione) si porta al tribunale per mezzo del suo presidente; *ma a qual tribunale?* L'articolo 990 dell'ultimo Codice di procedura era più esplicito, indicando il *tribunale del luogo del domicilio del marito.*

La dottrina francese, non trovando la guida nella procedura speciale, e dovendo chiederla alla ragione, ritiene, o si tratti di affare stragiudiziale, o di affare giudiziale in cui la moglie è attrice, il tribunale competente essere quello del domicilio personale del marito (Toullier, tom. II, pagina 31; Carré, questione 2909).

A questo medesimo risultato siamo condotti dalla legislazione presente, con diretta applicazione dell'articolo 90.

2. *Considerazioni sull'articolo 134 del Codice civile.*

Le controversie che vanno a proporsi avanti il tribunale civile competente a concedere l'autorizzazione della donna maritata, benchè circoscritte entro la sfera dei dissidii coniugali, riuniscono i più vitali interessi della famiglia; e questo ci rende ragione della nuova sollecitudine che ha posto il legislatore nel sistemare un regolamento che negli altri Codici è appena abbozzato.

Limitandoci a qualche tenue cenno sull'ampiezza della materia nel punto di vista giudiziario, osserviamo che il problema può presentarsi in due principalissimi aspetti; *sul diritto dell'autorizzazione; sulla causa* per cui si chiede. È questo l'oggetto esclusivo del magistrato istituito col presente ordinamento.

Del diritto dell'autorizzazione si disputa o può disputarsi nel senso che il marito possa o debba autorizzare la moglie; ovvero la moglie sia in condizione d'indipendenza. Più avanti diremo come abbia ad intendersi. Si controverte semplicemente *sulla causa* quando il marito, interpellato, rifiuta di autorizzare la moglie: ed allora si sviluppa una questione che versa interamente sulle circostanze del fatto, sulla convenienza, sulla opportunità, sulla ragionevolezza del rifiuto.

(*) Quelle legislazioni che, come la pontificia, professano il dogma della imbecillità della donna, e dipoi, ispirandosi al concetto giustinianeo, fanno della madre la tutrice de' suoi figli, non possono facilmente difendersi dall'assurdo e dalla contraddizione.

Quando si tratta di questioni di tal genere, il cammino della teoria è molto limitato. Ma fermandoci un momento ad esaminare il contenuto dell'articolo 134 del Codice civile, non è senza utilità il por mente alla natura dei diritti sui quali si estende la podestà del marito.

Si comprende che materia dell'*autorizzazione* è quella di cui il marito non ha la proprietà o la comproprietà. I beni dotali, mobili o immobili possono trasferirsi mediante la costituzione dotale in proprietà del marito nei casi e nei modi fissati dal Codice civile (art. 1401, 1402). Il marito può disporne. Ordinariamente i beni dotali rimangono in proprietà della moglie; il marito gli amministra; ma l'alienazione è vietata, *malgrado il consenso e il concorso di amendue i coniugi* (articolo 1407). Se la dote è di natura che possa alienarsi, in tutto o in parte, amendue i coniugi devono concorrere quali alienanti, ma coll'autorità del tribunale (articolo 1404). Se supponiamo beni caduti nella comunione matrimoniale, il marito può, a titolo oneroso, alienarli (art. 1438); la moglie non mai, senza che o si sciolga innanzi la comunione, tornando i beni alla loro condizione di parafernali, o col concorso di amendue i coniugi.

Dopo questa rassegna, è facile il concludere, che l'articolo 134 del Codice civile non allude che ai *beni parafernali* pei quali il consenso di vendere o di obbligare suppone il difetto di proprietà nell'autorante.

Esaminando l'articolo precedente abbiamo toccato dei motivi che fanno onore a questa disposizione della legge. Non dobbiamo ripeterci. Ma il còmpito del tribunale sarà molto grave. Portiamovi uno sguardo.

L'articolo 134 contiene due parti ben distinte. Una di esse riguarda operazioni a pura perdita: tali sono il *donare*, il *costituirsi sicurtà*. L'altra accenna a negozii che, a ben condurli, possono tornare proficui, perchè si può alienare con vantaggio: il mutuo, la ipoteca possono essere imposti da condizioni economiche inevitabili a schivare maggiori danni. Se il marito nega per tali qualità di negozii il consenso, al magistrato si aspetta esaminare la ragionevolezza del rifiuto, o per noi non vi è altro ad aggiungere. Per gli altri trattati che abbiamo detto *a pura perdita*, non è verosimile che il marito, ragionando dall'interesse proprio e dai figli, s'induca agevolmente ad approvare. Il marito adunque avrà sempre ragione quando negherà alla moglie il suo consenso ad una gratuita malleveria o ad una donazione. Quale azione avrà la moglie per costringerlo a consentire? in quale diritto potrà fondarsi? cosa mai dovrà decidere il tribunale? E certamente sarà difficile che la moglie possa tirare a sè il tribunale, complice di una prodigalità. Eppure ragioni non comuni, ma specialissime o straordinariamente gravi, possono anche persuadere il magistrato della ingiustizia o della immanità del rifiuto. Se la famiglia è ricca; se molto abbondanti sono le sostanze della moglie; se si tratta di dar cauzione per liberare dal carcere un prossimo parente; di premiare una persona da cui si riconoscano grandi benefizii (che non sarebbe veramente una donazione, ma potrebbe disputarsene), il marito potrebbe anche aver torto nel suo rifiuto.

3. *Del tribunale e del procedimento nella ipotesi che sia impugnato nel marito il diritto dell'autorizzazione.*

Siamo ora a vedere il caso in cui la moglie neghi la supposta dipendenza legale del marito; non ripeta da lui il consenso e non ne riconosca il diritto: a qual tribunale devo portarsi la questione? in qual forma giudicarne?

La moglie sostiene di essere separata *per colpa del marito* (articolo 535, n° 2 del Codice civile), e il marito sostiene il contrario. Nella prima ipotesi, la moglie non deve piegare il capo al giogo maritale; il marito è decaduto dal suo diritto. Vi è della moralità in questa legge; ma vi è anche una feconda materia di liti. È il marito che, previdente del disegno della moglie, in umore di contraddirla, prende la iniziativa; invia una protesta, fors'anche la pubblica nei giornali affinchè niuno acceda a quel negozio. Se la moglie si accinge a respingere giudizialmente la pretesa, citando il marito, il tribunale competente sarà senza dubbio quello del luogo ove il marito ha residenza o domicilio. *Ma dovranno ancora osservarsi le forme speciali stabilite in questa parte della procedura?*

Credo doversi rispondere negativamente.

È dell'indole dei procedimenti speciali non applicarsi che alle materie espresse. Metodi eccezionali furono trovati buoni e convenienti per certe questioni, fra certe persone, e non possono estendersi oltre la portata che loro è prefissa. Non si tratta di una *domanda di autorizzazione*, oggetto di un ricorso al presidente del tribunale, da cui nasce un decreto e una citazione a termine designato, secondo il nostro articolo; onde poi si discuterà senza procuratori e con rito il più compendioso. Una controversia in cui si nega la stessa autorità maritale; che involve cognizioni o delle cause della separazione, o dello stato di mente del marito, o della sua posizione in faccia alla

legge penale, supera, io credo, le proporzioni che il legislatore aveva divisate scrivendo questo capitolo.

Anche nel caso inverso, se il marito muoverà lite onde far dichiarare il suo diritto di opposizione, o per far annullare il contratto celebrato senza il suo intervento, dovrà sempre adirsi la giurisdizione ordinaria.

4. *Dell'eccezione di nullità nascente dal difetto di autorizzazione.*

Il difetto di autorizzazione non ha mai prodotto che una nullità relativa (Codice napoletano, articolo 225; albertino, articolo 138; italiano, articolo 137). Ne consegue che la eccezione *non è rilevata d'ufficio dal giudice* (Corte di Torino, 25 agosto 1858, tom. IX, part. II, pag. 683) (*).

La legge non concede soltanto al marito o suoi eredi di oppugnare di nullità il giudizio pel quale non gli fu chiesta la necessaria autorizzazione della moglie, ma a questa eziandio si concede e a' suoi eredi (art. 137 del Codice civile). Non distinguendo la legge, e quindi non essendo luogo a distinguere dal caso in cui la moglie sia convenuta o piuttosto attrice in giudizio, ne segue una combinazione che a primo aspetto può sembrare difficile.

La moglie è attrice, e procede e spinge avanti i suoi atti senza curarsi di autorizzazione (**). Il convenuto non potrebbe, secondo il suddetto articolo 137, trarre il difetto a profitto proprio e giovarsene; mentre al contrario le vie di nullità sono sempre aperte e alla donna e al marito. Se si perde la lite, sarà il più bel rimedio del mondo quello di far annullare tutto il processo, e in ogni caso si va a colpo sicuro. *La moglie non autorizzata non si deve considerare come parte in giudizio* « e « quindi la sentenza che venisse ad emanare « contro di essa, non può mai passare in giu- « dicato, ed è sempre aperto l'adito a poterla « impugnare », si è detto in una nostra decisione (Casale, 3 novembre 1863, BETTINI). Ciò è vero, e appunto perchè vero, bisogna preoccuparsi di questa condizione di cose per conciliare la legge colla giustizia.

Come il terzo, attore, ha obbligo di provocare l'autorizzazione della donna maritata che si accinge a chiamare in giudizio (***) per non esporre il processo a sicura rovina, così il convenuto può eccepire lo stato d'irregolarità dell'attrice; unico mezzo per sospendere la causa ed evitare la nullità ch'egli può subire, senza poterne di rimando colpire la sua avversaria. Si comprende che il *diritto di eccezione* compensa in lui la mancanza del diritto d'azione: perchè non potrebbe *post factum remedium quærere:* perchè tutti gli atti che si vanno facendo *prima della sua formale opposizione* si ritengono validi in danno suo. « Ce n'est plus « à lui, insegna il CHAUVEAU; dans ce cas, c'*est* « *à la femme a se pourvoir devant le tribunal* « *du domicile du mari* » (quest. 2912 bis). Mediante la eccezione, il citato non agisce in nullità, ma difensivamente, *ed all'oggetto di evitarla.*

5. *Perchè la moglie sia liberata dall'autorizzazione maritale in causa di assenza* (art. 135 del Codice civile), *è d'uopo che l'assenza sia dichiarata?*

Io reputo dover bastare l'*assenza presunta* (articolo 21 dello stesso Codice); ossia la impotenza di emettere il consenso *actu*, e colla prontezza che il bisogno richiede.

6. È stato deciso *che la moglie che ha dovuto munirsi dell'autorizzazione del marito non può rinunziare alla lite* (Genova, 5 maggio 1856, BETTINI, tom. VIII, part. II, pag. 543).

Raccomando all'attenzione questo importante vero, come la conseguenza del diritto di autorizzazione, che ne mette in rilievo l'indole e lo scopo giuridico. Il marito, capo della famiglia, è materialmente e moralmente interessato nell'affare. Il consenso da lui prestato dimostrò ch'egli è persuaso di mantenere, che ha interesse di appoggiare quei diritti che la moglie assume di far valere o che sono minacciati dall'avversa pretesa di un terzo: il consenso prestato implica un incarico, un mandato, una ingiunzione di sostenere quei diritti. La moglie quindi non può, senza ulteriore autorizzazione, a quelli rinunziare.

Ma se il marito avesse rifiutato il suo consenso, se non ci fosse di mezzo che la formalità dell'autorizzazione giudiziale, che ne sarebbe allora?

(*) Si troverà qualche altra decisione in senso contrario, il che non impedisce che la verità stia dal lato di quella sopra citata (sentenza d'appello di Torino, 25 agosto 1857, BETTINI, part. II, pag. 685). È per questo che io sono scarso nel citare decisioni, segnatamente di Corti d'appello. O sono così concordi che formino una solida e autorevole giurisprudenza, il notorio è ciò che meno interessa, perchè gli uomini dell'arte non potranno ignorare una tale giurisprudenza. O le decisioni sono poche, ravvolte più che non bisogni nel fatto, non perfettamente concordi, c'è sempre del pericolo nel richiamarle quando non si possono sommettere a particolare analisi; quindi preferisco ragionare colla legge e coi principii.

(**) Ricordo ancora che nell'attuale sistema, più favorevole alla libertà, la moglie non ha d'uopo di assentimento che nelle materie indicate dall'articolo 134 del Codice civile.

(***) Vedi appresso, articolo 803.

Caso nuovo. Per esser logici convien dire che la donna può accettare la sentenza (*), o anche rinunziare alla lite. E si reputa a ciò autorizzata *dallo stesso rifiuto del marito* che disapprovava la difesa; il rifiuto inchiude l'abbandono del diritto per parte sua.

Articolo 801.

Il tribunale osservate le prescrizioni del capoverso dell'articolo 136 del codice civile pronunzia con sentenza sulla domanda di autorizzazione, sentito il ministero pubblico.

La sentenza deve contenere:

1° Il nome, cognome, domicilio o la residenza delle parti;

2° La menzione sommaria della domanda della moglie e delle risposte del marito o l'indicazione della data della citazione di lui;

3° La menzione che fu sentito il ministero pubblico;

4° I motivi in fatto e in diritto;

5° Il dispositivo;

6° L'indicazione del giorno, mese, dell'anno e del luogo in cui è pronunziata;

7° La sottoscrizione dei giudici e del cancelliere.

La sentenza è nulla se siasi omesso alcuno dei requisiti indicati nei numeri 2, 3, 4, 5, 6 e 7.

Annotazioni.

Dettando questo regolamento che non ha precedenti negli altri Codici, il legislatore ha mostrato di attribuire al presente istituto una importanza speciale. Si veggono riassunti tutti i requisiti delle sentenze che si proferiscono nei giudizi ordinarii (articolo 360) un solo eccettuato, *la menzione del nome e cognome dei procuratori* che non sono ammessi. Si è fatto grazia del primo requisito, *il nome, cognome, domicilio* o *la residenza delle parti*, la cui omissione non è colpita da espressa sanzione di nullità. Potrà forse immaginarsi una sentenza acefala e nondimeno valida? No davvero; ma per completare il concetto del legislatore dovremo richiamare la disposizione declarativa dell'articolo 145, n° 2.

Osservare le *prescrizioni del capoverso dell'art.* 136 del Codice civ. vuol dire *citato il marito e sentito;* dato ch'egli risponda all'invito.

Ma è possibile che si pronunzi una formale sentenza di autorizzazione *senza citazione del marito?* È possibile, se il caso *è d'urgenza.* Il tribunale in qualche rarissimo emergente può prendere sull'atto una risoluzione totalmente affidata alla sua prudenza, anche senza la chiamata del marito (art. 136 del Codice civile).

Sia pur così: ma si dovrà tuttavia pronunziare una sentenza solenne quale ci descrive l'articolo 801; dovrà notificarsi; vi sarà diritto d'appello, e l'appello sarà sospensivo? E allora dove va a riporsi il caso d'urgenza? Riserbiamo qualche osservazione all'articolo seguente, e diciamo intanto che non si vedrebbe ragione per non proferire una sentenza nella forma prescritta (sin dov'è possibile); in quella sola forma cioè che è prescritta.

Articolo 802.

La sentenza non è soggetta a opposizione.

L'appello dalla sentenza che concede autorizzazione si deve proporre nel termine di quindici giorni dalla prolazione di essa, se il marito sia stato presente, e, in difetto, dalla notificazione.

L'appello è proposto in ogni caso con ricorso alla corte, notificato personal-

(*) Del resto non è scritto in alcuna legge che la moglie, autorizzata a difendersi in una lite, non possa accettare la sentenza che subì contraria, *non appellando.* Solo sarebbe questione se al marito competesse *opposizione di terzo*: il che io credo.

mente all'altra parte. Se questa voglia presentare controricorso, deve farlo notificare al procuratore sottoscritto al ricorso nei termini stabiliti dall'articolo 148, salvo che il presidente in caso d'urgenza abbia stabilito termini minori.

Il ricorso e il controricorso devono depositarsi nella cancelleria della corte nei termini stabiliti dal capoverso precedente. Il cancelliere deve presentare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno in cui la corte pronunzierà in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

1. La sentenza contumaciale ha il valore della contraddittoria: *non è soggetta ad opposizione* (articolo 474 e seg.).

2. Se il marito è presente alla pubblicazione, la sentenza è sufficientemente notificata; e dalla *prolazione* scorrono quindici giorni per appellare. Così il testo.

Ma quelle parole *l'appello della sentenza che* CONCEDE *autorizzazione* fanno chiaro che la moglie non ha diritto di appellare. Il rifiuto del marito che equivale per la dignità ed autorità sua ad una prima sentenza, la conferma del magistrato, hanno dato all'argomento tutta quella soddisfazione che meritava; non si vuol prolungare l'odioso litigio; e mi par bene.

Mentre si procaccia lode il fondo della disposizione, non intendo perchè in fatto di notifica si parli del marito, e non piuttosto della moglie. Se l'appello è diritto esclusivo del marito, a dispetto del cui rifiuto e a danno del cui legittimo interesse si approvò la condotta della moglie, che perciò venne autorizzata a fare la donazione, a riscuotere le somme, ecc.; se ciò è vero, come parmi evidente per le parole della legge, sembra ancora che il marito vincitore non avrebbe mestieri di essere notificato, ma invece la notificazione debba eseguirsi alla moglie vittoriosa, dato che il termine di appello decorra dalla notificazione della sentenza. Se ci fosse equivoco o inesattezza nella dizione, alla ragione il correggerlo.

3. L'appello si eseguisce *colla forma del ricorso*, come in cassazione. Alla sua redazione però non è prescritta alcuna norma, quasi avente carattere stragiudiziale. Sappiamo per incidente che *sarà sottoscritto da un procuratore al quale la parte appellata* DEVE *notificare il contro-ricorso*, se le giovi presentarlo. Ma, come in cassazione, la legge non impone espressamente e a pena di nullità la sottoscrizione del procuratore. Questa nullità non potrebbe crearsi, in una procedura specialmente ove tutto il rigore della forma sembra riservato alla redazione della sentenza. Tanto meno s'intenderebbe la necessità di un procuratore sottoscritto al ricorso, quanto il patrocinio si vede escluso, e fors'anche, come ora diremo, il contraddittorio stesso delle parti. S'ignora parimente se questo procuratore debba esser munito di mandato speciale. In ogni modo, in tale oscurità, è impossibile arguire di nullità un ricorso non sottoscritto da procuratore; si conclude che il contro-ricorso sarà notificato al procuratore *quando ci sia*, se no, *personalmente alla parte*, come il ricorso.

È indicato che il ricorso appellatorio deve notificarsi *entro quindici giorni*. Il termine della notifica del controricorso è rimandato alla generalità dell'articolo 148. È abbastanza lungo, e potrebbe superare quello stesso dell'appello, se la moglie, per caso separata dal marito, vivesse in paese lontano. Se non che il presidente, giudice della urgenza, può restringere questo termine.

L'appello, si dice, *è interposto con ricorso alla Corte:* ma in effetto si porge al presidente per mezzo della cancelleria. Se si tratta di abbreviare il termine, il presidente lo prefigge quanto basti al comodo dell'altra parte; e il decreto sarà notificato col ricorso.

4. Sul contraddittorio delle parti può nascer dubbio. L'ultimo capoverso dell'art. 802 non parla che di *Camera di consiglio*, non ordina altra udizione che del *pubblico Ministero*. Che le parti non siano ammesse a dedurre ragioni, sembra cosa dura e non consueta ai nostri ordini giudiziarii; ma primieramente la legge ha detto quello che voleva dire. Si aggiunge la regola dell'articolo 778, n° 2. Si osserva inoltre che in primo grado è ammesso il marito ad *esporre i motivi del rifiuto:* ma egli solo, e non si trova che la stessa facoltà d'intervento abbia la moglie (articolo 802). Difatti la sentenza non fa menzione che della *domanda della moglie* e delle *risposte del marito:* s'intende la prima scritta, le seconde orali. Ma lo stesso bisogno non si ripete in appello, o almeno così si crede. Quanto agli atti o documenti da produrre, e possono esser molti e gravi, è affatto semplice che, in nome

del proprio interesse, sarà cura delle parti il produrli.

Il presidente *stabilisce il giorno in cui si pronunzierà*, non quello in cui l'affare sarà trattato. Invero non importa molto; il pubblico Ministero è il solo sentito. Niuna intimazione alle parti.

Ma la sentenza che la Corte pronunzierà è forse modellata in ogni sua parte sul regolamento dell'articolo 801? Io non ne dubito. Non tanto perchè la sentenza d'appello deve mantenere i caratteri estrinseci che quella di primo grado, per una legge generale a tutti i giudizi, ma perchè contro tale sentenza è ammesso il ricorso in cassazione, come diremo all'articolo 805.

Articolo 803.

L'autorizzazione maritale si reputa concessa alla moglie per stare in giudizio come convenuta, se il marito citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisca, o, comparendo, non dichiari nel termine stabilito per rispondere di ricusare l'autorizzazione.

Se il marito, comparendo, dichiari di non voler autorizzare la moglie, l'autorizzazione è accordata dalla stessa autorità giudiziaria davanti cui la moglie fu convenuta, anche colla sentenza che pronunzia nel merito.

Annotazioni.

1. La posizione giuridica della moglie *attrice* o della moglie *convenuta*, anche nei rapporti della dipendenza maritale, è molto diversa. I dottori francesi, e con essi la giurisprudenza, ci hanno prevenuti. « L'autorisation, quand la femme est défenderesse, n'est « plus qu'une simple formalité, et qu'enlever « aux juges saisis de la contestation le pouvoir de l'ordonner, serait multiplier inutilement et prolonger une procédure sans importance » (CHAUVEAU in CARRÉ, q. 2910 bis).

Non è superfluo trascrivere anche un breve passo di BERLIER, molto più vicino alla fonte legislativa, e parte di quelle discussioni onde si compose il Codice del 1807, il quale ne dà una ragione anche migliore. « Dans ce cas « l'action de demandeur ne peut-être subordonnée à la volonté du mari, ni paralisée par « elle... l'autorisation n'est en ce qui regarde « l'action du tierce demandeur qu'une simple « formalité que la justice supplée quand le « mari la refuse ».

2. Poniamo intanto che il procacciare alla moglie l'autorizzazione maritale è cura ed obbligo dell'attore, come si è notato nel commento all'articolo 800, n° 4 (CARRÉ e CHAUVEAU, quest. 2911; DALLOZ, tom. VII, p. 686). L'attore non ha mestieri di consultare altra legge che quella del proprio interesse; s'egli vuol assicurare la sorte del proprio processo, se non vuole vedersi strappata di mano la palma della vittoria, dovrà ben farlo.

Non è questione seria, benchè sia già stata fatta, se l'attore possa riparare alla omissione, regolarizzando la sua posizione *in tempo posteriore*, a giudizio inoltrato. È principio sicuro che tutti gli atti praticati in contesto della moglie non autorizzata, quando debba esserlo, sono nulli (rispetto a lei ed al marito), onde l'infetta radice bisogna tagliarla; bisogna cioè ricominciare da capo.

Nè perciò vuol dirsi con qualche scrittore che l'*autorizzazione della donna maritata* è d'ordine pubblico. È tanto poco d'ordine pubblico, che non può sollevarsi d'ufficio (*V.* le ANNOTAZIONI al n° 4 dell'art. 800). Le leggi, specialmente personali e famigliari, contengono più o meno elementi, la cui conservazione interessa l'ordine pubblico: ma se all'ordine pubblico *non sono totalmente necessarii*, rientrano, per l'effetto, nella sfera dell'interesse privato, nel cui nome soltanto può opporsene la violazione. E siamo appunto in questo caso. Conseguenza notevole io deduco, che se il difetto di autorizzazione non fosse proposto nel corso dei giudizi di merito, o non si preferisse di proporre per via di azione l'annullamento dei giudizi, non potrebbe prodursi *ex novo* in cassazione (*).

Or ora vedremo come il concetto logico della ratifica possa coordinarsi al principio della nullità assoluta.

3. È consiglio dei pratici che ove la moglie ha bisogno dell'autorizzazione maritale, si citi

(*) Ma potrebbe proporsi in appello, non considerandosi *domanda nuova*, mentre appartiene all'ordine delle eccezioni.

anche il marito. La citazione del marito è anzi indicata dalla ragione per deferenza a quell'interesse che è in lui la causa giuridica del diritto di autorizzazione. Il nostro articolo 803 suppone che il giudizio sia stato così istituito. Più volte giudicarono le nostre Corti che l'autorizzazione può anch'essere di fatto, tacita, presunta (Corte di Nizza, 28 marzo 1851, BETTINI, tom. II, pag. 343; di Torino, 28 aprile 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 254; di Casale, 14 marzo 1855, BETTINI, tom. II, pag. 450). La legge ce ne porge un esempio autentico nel primo periodo dell'articolo 803, che non esclude altri casi di espressa o conghietturale e presunta approvazione.

Ma il marito comparisce e francamente dichiara *di non voler autorizzare la moglie* a stare in giudizio. È ciò che prevede il capoverso dell'articolo.

Osserviamo che la ricusa potrebb'essere motivata per ammessa e confessata mancanza di diritto. Il tribunale esamina se l'autorizzazione sia necessaria. La moglie stessa può respingere questo preteso diritto: abbiamo accennato all'eveniente di una donna separata di corpo, la quale sostiene di esserlo *per colpa del marito*, per conseguenza tenersi libera da qualunque dipendenza nelle sue sostanze parafernali. Allora di mezzo a una questione principale, ne sorge una subalterna fra marito e moglie, nella quale l'attore può rimanersi semplice spettatore, rimettendosi, come suol dirsi, alla saviezza del tribunale; o può anche allearsi col marito nell'interesse di una maggior guarentigia.

Qui la moglie si ribella, per così dire, alla supremazia del marito, e pianta nel mezzo di una lite, che ha tutt'altro oggetto, una gravissima controversia coniugale. Voi vedete che la nostra previdenza si trasporta fuori dei termini letterali dell'articolo 803, il quale articolo non ha altra veduta che *quella del marito ricusante*, e non si occupa del ben diverso caso della opposizione della moglie che si professa indipendente.

Nondimeno è sempre un incidente della lite promossa dal terzo; un incidente che interessa la regolarità del suo giudizio, e tuttavolta nei rapporti dei due coniugi ha una capitale importanza.

Portati dall'ordine delle idee in questo esame, si rivela una vera difficoltà; difficoltà che non è di momento, ove il tribunale competente per la causa principale lo sarebbe eziandio direttamente in una tale questione di relazione matrimoniale; ma che diventa grave ove il tribunale non sarebbe in via d'azione competente, come un tribunale di commercio.

Bisogna delibare di passaggio la teoria della competenza commerciale in ordine agli incidenti che sorgono in occasione di una causa di commercio, ma dipendono dalla legge civile. Vi è un principio che bisogna tener fermo quanto è possibile per l'ordine ed economia dei giudizi: il magistrato investito della causa principale essere investito anche della cognizione dell'eccezione, *le juge de l'action est juge de l'exception* (¹), sebbene le limitazioni rispetto alla giurisdizione commerciale non siano infrequenti: tema delicato e forse non abbastanza chiarito. Meno che altri noi possiamo approfondirlo mentre ci si presenta di fianco e per occasione, e venendo a dirittura al soggetto, troviamo la questione accennata dal DESPREAUX in questi termini: « On a élevé la « question de savoir si quand une femme est « assignée conjointement avec son mari, le- « quel ne comparaît pas par insouciance ou « autrement, et qui n'a pas non plus donné « d'autorisation à sa femme pour se défendre, « celle-ci doit aller demander l'autorisation « supplétive au tribunal civil... mais la juris- « prudence est maintenant fixée en ce sens « que le tribunal de commerce peut donner « l'autorisation à la femme défenderesse » (*De la jurisdiction commerciale*, n° 55). Ma il valente scrittore non ci mette innanzi che la questione semplice; mentre noi ne fingiamo una complessa e più scabra.

Se non che l'altro passaggio dello stesso autore che veniamo a citare tocca più da vicino il nostro quesito. Dopo aver parlato dello stato delle persone, del minore, del figlio emancipato, pone questo insegnamento: che il tribunale di commercio è competente a conoscere della minorità e della emancipazione storicamente, e in quanto risulta dai documenti che gli si presentano; ma la sua competenza vien meno quando il minore impugna come nulli quegli atti onde risulterebbe la sua autorizzazione, di maniera che a giudicarne è d'uopo conoscere della facoltà del giudice autorante che si pretende incompetente, o della forma che si dice violata, o di altri vizi che dipendono dall'applicazione *della legge civile* come oggetto o quale materia di un giudizio principale. « Il en sera de même, dice DESPREAUX, « *quand il s'agira de savoir si une femme est*

(¹) « Cui judicatio data est ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest » (Leg. 2 Dig. de jurisd. omn. jud.).

« *en puissance du mari.* Ce fait résultant du « contrat du mariage qu'on peut représenter « est de la compétence du juge consul. Mais s'il « s'élevait une question de validité ou d'iden- « tité, il *devrait surseoir à statuer jusque après* « *la décision d'un tribunal civil* » (n° 53).

Veniamo a noi. Può forse dal seno delle leggi che regolano la competenza trarsi un principio sicuro o normale? La legge di commercio scrive una limitazione ove si tratti di *controversie riguardanti la qualità ereditaria* (articolo 723), ma di ogni altra questione incidente, che valica il subbietto commerciale, necessario però a decidersi per la risoluzione del merito, silenzio prudente: silenzio che non potrebbe rompersi senza dettare una teoria scientifica, senza imporsi alla giurisprudenza e a' suoi moltiplici svolgimenti, e pregiudicare cento questioni che non si possono prevedere. Ciò potevano fare le leggi romane, che presentavano d'ordinario i criterii della giurisprudenza e sviluppi pratici; ciò non possono fare i Codici moderni colle loro formole, dai seguaci della scuola storica perciò chiamate impotenti. Insomma io penso che *il tribunale di commercio sia radicalmente competente a conoscere del diritto dell'autorizzazione maritale*, il che non esclude potere e dovere anzi sospendere la cognizione, e rimettersene al tribunale civile ove la controversia si presenti grave, difficile, indaginosa; o tale che imponga di pronunciare la nullità di atti e documenti essenzialmente civili.

Se non si contrasta del diritto d'autorizzazione, della podestà maritale e di simili questioni suscitate dalla moglie contro il marito: se si tratta invece di chiedere l'autorizzazione, *stante il rifiuto* del marito a prestarla, il caso è nella portata del nostro articolo, o di soluzione molto più agevole, benchè possa non essere privo d'importanza pel marito che ripugna, per esempio, ad una lite ingiusta, insostenibile, dannosa al comune interesse, e nondimeno non può forzare la moglie a desistere.

Io dico, conchiudendo, che il tribunale a cui è portata da un terzo una causa contro la donna maritata non conosce dell'incidente dell'autorizzazione soltanto perchè *sia formalità materiale e senza veruna importanza*, come dicono in coro i pratici francesi, ma perchè sta in principio che il tribunale dell'azione è pure il tribunale dell'eccezione, avendo noi potuto scorgere che controversie di molto rilievo possono suscitarsi.

4. *L'autorizzazione può accordarsi anche colla sentenza che pronunzia sul merito.* Questa decisione del legislatore cessando i dubbii della giurisprudenza (*), previene le questioni di annullamento. L'atto dell'autorizzazione giudiziaria posteriore, non risultante che dalla sentenza che definisce il merito, inchiude la ratifica degli atti, che sarebbero altrimenti nulli; ma bisogna rammentare che trattasi di *nullità relativa* e non di *nullità assoluta*, quindi la ratifica è operativa. Si avverta però che questa legge suppone da un lato la domanda dell'attore (**), dall'altro suppone che la moglie o il marito non abbia eccepito della nullità degli atti, se prima di domandare l'autorizzazione se ne fossero fatti. La concessione pronunziata nella sentenza si ricongiunge al tempo della domanda, e copre tutto il processo.

L'autorizzazione giudiziaria (***) chiesta ed ottenuta *dopo il primo giudizio*, in appello non produce forse alcun effetto?

Distinguiamo. Se l'attore all'ingresso della lite e tempestivamente fece la sua istanza e il tribunale non rispose, la sentenza può essere appellata ed annullata. Se non fece istanza che in appello, non potrà difendersi dall'azione od eccezione di nullità che fosse per sollevarsi dagli interessati.

Articolo 804.

Quando la moglie sia minore di età, se l'autorizzazione giudiziale sia concessa perchè ricusata dal marito o per esservi opposizione d'interessi, l'autorità giudiziaria deve nominarle un curatore speciale per assisterla nel giudizio o nell'atto per il quale sia stata autorizzata.

Annotazioni.

La moglie minore ha d'uopo di un rappresentante in giudizio; se il marito è maggiore e conviene, egli è il rappresentante; se ricusa, si deve nominare un curatore.

(*) La Corte di Torino, con sentenza del 12 gennaio 1850 (Bettini, part. 1, pag. 685), disse che l'autorizzazione poteva accordarsi anche colla sentenza definitiva; in seguito altre sentenze in contrario (Corte di Genova, 21 dicembre 1853, 21 gennaio 1860).

(**) Non accordandosi d'ufficio.

(***) Sulla volontaria, V. le Annotazioni seguenti in fine.

Il marito conviene, *ma vi è opposizione d'interessi;* non può rappresentare la moglie. La cognizione di questo fatto è indubbiamente nelle facoltà del giudice o tribunale *avanti cui i coniugi sono citati* (*). Se la moglie è maggiore, e vi sia opposizione d'interessi, non destinandosi curatore, l'autorizzazione giudiziale è necessaria, avendosi quella del marito come non prestata. Ciò accade quasi sempre nei giudizi d'ordine (graduatorie), in cui la moglie suol concorrere in qualità di creditrice.

Qualche difficoltà vi potrà essere nel modo d'istituire il giudizio. Forse l'azione è diretta in guisa che facile si scorge la discordanza degli interessi. Spetta all'attore il premunirsi immediatamente colla domanda del curatore, o dell'autorizzazione giudiziale. L'opposizione d'interessi, non apparente da principio, può rilevarsi nel corso della procedura; l'attore non sarebbe redarguibile di non avere premessa la domanda, e in tale stato di cose gli atti precedenti non potrebbero dichiararsi nulli.

In qualunque stadio o grado della lite il marito accordasse l'autorizzazione, sanerebbe ogni nullità incorsa dall'attore.

Articolo 805.

Quando la moglie sia autorizzata dal marito o giudizialmente, a stare in giudizio, non è necessaria una nuova autorizzazione per proseguire il giudizio medesimo nei procedimenti di opposizione, di appellazione, di rivocazione e di cassazione.

Annotazioni.

V. anche il capoverso dell'articolo 134 del Codice civile.

CAPO III.

DELLA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

Articolo 806.

Il coniuge che vuol domandare la separazione personale deve esibire alla cancelleria del tribunale competente il suo ricorso, esprimendo i fatti che possono darvi luogo, coi documenti giustificativi.

Il cancelliere deve presentare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno in cui le parti devono comparire avanti di lui.

Copia del ricorso e del decreto è notificata all'altra parte nei modi prescritti per la citazione e nel termine stabilito nel decreto.

Annotazioni.

1. *Dissertazione sulla separazione dei beni.* Quantunque la *separazione dei beni*, che in determinate circostanze stabilite dalla legge può aver luogo fra i coniugi, sia un concetto affatto diverso da quello della *separazione personale*, vi ha tuttavia somiglianza in questo che *è una separazione*, vale a dire, sono due specie del genere *scisma coniugale;* modi di divisione di quella che per divine e umane leggi dovrebb'essere, realmente e personalmente, unione indissolubile.

I Codici civili, a partire dal napoleonico, si

(*) Ove all'incontro fossero attori, sulla eccezione del convenuto dovrebbero provvedersi avanti il tribunale civile a termini dell'articolo 136 del Codice civile.

sono occupati della separazione reale, di questa *provisio legis*, che abbraccia con differenti norme il reggime dotale e quello della comunione (articoli 1443, 1449, 1451 del Codice Napoleone). Il Codice civile italiano detta sulla *separazione della dote* dall'articolo 1418 al 1421; e negli articoli 1441, 1442 e seg., parla dello scioglimento della comunione. Vi si attaccano regole d'ordine giudiziario in quanto servono a completare il concetto del legislatore; il che però non dispensò in Francia da un apposito ordinamento di procedura, che è nel Titolo VIII, Libro I, Parte II, del Codice del 1806. Precedeva quello riguardante la *separazione personale*, onde risultava in certo modo la loro attinenza. Ordinamento relativo non s'incontra nella procedura odierna, e se ne inferisce che la *separazione dei beni* non è governata da legge speciale, ma dal diritto comune.

Le regole di procedura che si trovano nel Codice civile sono le seguenti: *a*) « La separazione della dote pronunziata dall'autorità « giudiziaria non ha effetto, quando *fra sessanta giorni successivi alla sentenza non sia « eseguita mediante atto pubblico*, col reale « soddisfacimento dei diritti spettanti alla mo« glie, sino alla concorrenza dei beni del ma« rito, od *almeno nel detto termine* non abbia « proposte e proseguite le relative istanze » (articolo 1419); *b*) « Le spese del giudizio di « separazione sono a carico del marito » (ivi); *c*) « Intervento volontario dei creditori del ma« rito nel giudizio » (articolo 1422).

La procedura, come legge sussidiaria della civile, non ebbe in Francia altro scopo che di ampliare le guarentigie dei creditori nella suprema diffidenza da cui si vedeva preoccupato il legislatore, e di aggiungere ostacoli ad ostacoli per ovviare alle frodi. Pareva non saziarsi di manifestazioni e di pubblicazioni (*V.* gli articoli 866 a 873 della procedura francese). Prudente e cauta la nostra legge, e per dir così meno paurosa, adottando cautele sufficienti nel Codice civile, non ha stimato aver bisogno di una succursale nella procedura. Vediamo adunque come si coordini e si costituisca il giudizio.

Il valore della causa determinerà la competenza. La separazione di una piccola dote, inferiore a L. 1500, potrà chiedersi avanti il pretore del luogo ove ha residenza o domicilio il marito coll'azione personale. Se la somma è maggiore e di competenza del tribunale civile, si procederà col metodo formale.

Siamo dunque in pieno diritto comune. Il pubblico Ministero non interviene (*), se non in caso gravissimo (e non sarà mai avanti il pretore), in cui la disposizione del capoverso dell'articolo 346 possa aver luogo.

La sentenza della separazione della dote può risolversi e cadere priva di effetto se fra *sessanta giorni* non è eseguita giusta le prescrizioni dell'articolo 1419 del Codice civile, termine che sarà per decorrere dalla notificazione della sentenza al marito e ai creditori intervenuti in causa. La posizione dev'essere definita; una più lunga sospensione non può convenire a una domanda seria; avrebbe sembianza di una collusione; se ne potrebbe abusare a danno dei terzi.

La legge vieta *ogni separazione stragiudiziale;* richiede la solennità di un giudizio, e si affida nella sua, per così dire, naturale pubblicità, mentre non impone comunicazioni di sorta ai creditori. Ai quali però accorda due rimedii, l'uno oppugnativo e l'altro preventivo. Del resto non sono rimedii nuovi. L'uno è l'*opposizione di terzo* (articoli 510 e seg.): l'altro è quello impartito a tutti coloro che hanno interesse (articoli 201 e seg.); e siccome i creditori attuali e certi del marito, o di amendue i coniugi, sono di quella classe a cui è attribuita l'*opposizione di terzo*, come or ora diceva, hanno anche aperta la porta in appello, giusta l'articolo 491.

Teniamo anche conto dell'articolo 1442 del Codice civile. La *comunione dei beni fra' coniugi* è assai moderata, e si direbbe castigata, fra noi che non siamo mai stati partigiani di quella confusione che si chiama in Francia *comunione legale;* onde lo scioglimento può compirsene più facilmente. « Non è permessa altra « comunione universale di beni, fuorchè quella « degli utili » (articolo 1433 del Codice civile. I prestatori, i mutuanti, vi hanno contato; hanno forse acquistati dei diritti per cessioni o per ipoteca contratta col consentimento dei coniugi, e nei modi legali. La *separazione*, com'è evidente, non influisce per menomare i diritti acquisiti dai terzi. Nondimeno questa specie di trasformazione che va a subire il patrimonio dei coniugi, eccita primieramente e giustamente la preoccupazione del legislatore; e può interessare i terzi, che per lo meno vorranno mettersi in guardia e vegliare l'ope-

(*) Non è invitato da legge speciale: la regola generale del n° 4°, articolo 346, non è applicabile al caso di separazione di dote.

razione, sebbene le azioni che hanno acquistate proseguano ad esser esercibili ugualmente contro amendue i coniugi. L'art. 1442 richiama all'osservanza de' tre articoli precedenti: ma io non dubito che sia del pari applicabile la disposizione dell'articolo 1422.

2. *Della relazione che ha quest'ordinamento colle disposizioni del Codice civile.*

La separazione è *necessaria* o *volontaria*. Il Codice civile dall'articolo 148 al 157 discorre della necessaria, che da tre cause è giustificata: 1° violazione dei doveri matrimoniali; 2° condanna criminale; 3° vita nomade e fuggiasca del marito. Sottratta al vago e all'arbitrario del Codice albertino questa gravissima pronunziazione, sottratta al dominio ecclesiastico, e restituita, come di diritto, al poter civile, oggi ha ricevuto quell'assetto che le conviene.

3. *Della moglie d'età minore.*

La moglie non chiederà al marito di essere da lui autorizzata per fargli guerra, ciò è manifesto. In generale, e ritenuta la maggior età della moglie, *vi è bisogno di autorizzazione giudiziale per promuovere un giudizio di separazione personale?*

Nè la giurisprudenza interprete di leggi anteriori e consimili, nè la ragione dedotta dall'articolo 131 del Codice civile, ci danno argomento per affermarlo: l'azione di separazione è tanto individuale ed avversativa, quanto per contro il cointeresse del marito e della famiglia è palese nelle transazioni e nelle liti il cui soggetto è determinato dal prefato articolo. Vero è che l'autorizzazione giudiziale è surrogata a quella del marito stante l'opposizione degli interessi, e niun'altra opposizione è più feroce di questa. Ma è d'uopo altresì che la *materia sia abile:* cioè sia di quella tale qualità di cui la moglie non può disporre senza l'autorizzazione del marito. Al quesito adunque si risponde negativamente.

Veniamo alla moglie minore.

Essa dev'essere autorizzata non perchè moglie, ma perchè minore. Dev'esserlo dal tribunale a cui è data questa speciale funzione, e quindi nella forma pure speciale che vi è assegnata? (articolo 799 e seg.). O piuttosto dal Consiglio di famiglia? O finalmente dal presidente del tribunale al quale va a presentarsi il ricorso giusta l'articolo 806?

Si nega senza esitazione la prima domanda. Il voto del tribunale è surrogato in quel caso a quello del marito ricusante in quanto *è libero;* in quanto *il rifiuto del marito offre subbietto di esame e di giudizio.* Nulla di ciò in fatto di separazione; il marito negherebbe sempre come avversario dichiarato: il tribunale non potrebbe *surrogarsi a lui* per discuterne: la finzione legale della surrogazione non può arrivare sino a questo punto.

Non basta. La nostra questione è puramente quella di rappresentare o coadiuvare una minorenne in giudizio. Si tratta dunque della *di lei tutela*, dell'*interesse di lei*, della protezione che la legge le accorda; al contrario l'oggetto dell'autorizzazione maritale *è di preservare da pericolo e offesa l'interesse stesso del marito.*

Rispondo negativamente anche al terzo quesito.

In questo però mi allontano dalla giurisprudenza francese, che generalmente attribuisce al *presidente del tribunale* la facoltà di autorizzare la moglie minore a piatire della separazione personale, non avendo punto bisogno di curatore: a tutto basta l'autorizzazione del presidente (Berriat, pag. 676, nota 5, Dalloz, tom. II, pag. 902; Merlin, v° *Séparation*, sez. II, § 3, art. 8; Favard de Langlade, tom. V, pag. 102; Chauveau, q. 2932). Gli scrittori si astengono dal ragionare, in ossequio dell'articolo 865 del loro Codice di procedura civile, che riveste il *presidente del tribunale* di quella facoltà, sebbene l'articolo non riguardi che il giudizio di *separazione dei beni.* Si vede da ciò che gli stessi scrittori francesi non hanno un testo preciso su cui fondarsi, ma ricorrono per analogia all'articolo 865, anzichè all'875, relativo alla materia, e che non parla di autorizzazione (*).

Resta la proposizione che corrisponde alla seconda domanda, e questa è la vera.

Dice l'articolo 313 del Codice civile al capoverso 2°: « La donna minore maritata ha « per curatore il marito, o il curatore del ma« rito, se questi sia minore o inabilitato, ed « infine il tutore del marito, se questi sia in« terdetto. — Qualora sia vedova, ovvero *se« parata di corpo e di beni*, avrà per curatore « il padre e la madre, e *in loro mancanza le « sarà nominato un curatore dal Consiglio di « famiglia* ».

La legge suppone la moglie minorenne già separata dal marito: qui invece si contende per la separazione; certo è però che l'eser-

(*) È noto che l'autorizzazione maritale si richiedeva in ogni questione giudiziale che la moglie volesse promuovere contro il marito; ma lo stesso Merlin, che ne discorre, invero leggermente, dice che, in fatto di separazione personale, *sarebbe una contraddizione.*

cizio del diritto tutorio nel marito è paralizzato, se non ancora spento; o che la minore non può stare in giudizio da sè. L'autorità che le manca si dovrà dunque chiedere al *Consiglio di famiglia*, che dovrebbe destinarle il tutore o il curatore, se la separazione fosse già avvenuta. I giuristi francesi, come venni osservando superiormente, si tengono legati al disposto dell'articolo 865 della loro procedura; sola ragione che adducono nel dubbio che li agita, non dovendosi, com'essi dicono, aggiungere alla legge. Del rimanente a PIGEAU che sostiene doversi nominare alla minore un curatore alla lite, rispondono i contrarii che in questa ipotesi « il est évident *qu'il devrait être* « nommé *par le Conseil de famille, et non point* « *par tribunal* (CHAUVEAU, quest. suddetta).

4. Il *tribunale competente* è quello del luogo di residenza o domicilio del marito.

Articolo 807.

Le parti devono comparire personalmente e non possono farsi assistere da procuratori, nè da consulenti.

Se la parte istante non comparisca, la domanda di separazione non ha effetto. Il presidente condanna la parte istante nelle spese verso l'altra parte che sia comparsa. Se questa non comparisca, il presidente può condannarla a pena pecuniaria non maggiore di lire cento, e ordinare altresì che sia nuovamente citata.

Quando la parte non comparsa giustifichi un impedimento legittimo, si revoca la condanna e si stabilisce un altro giorno per la comparizione delle parti.

Articolo 808.

Il presidente deve avanti tutto sentire separatamente l'uno e l'altro coniuge, e fare in seguito ad ambidue le rimostranze che creda atte a riconciliarli.

Se la riconciliazione riesca, il presidente ne fa risultare da processo verbale, che deve contenere l'indicazione dell'anno, del mese e giorno, il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei coniugi, la data del decreto che ordinò la comparizione dei medesimi, le soltoscrizioni dei coniugi, del presidente e del cancelliere.

Se la riconciliazione non riesca o la parte citata non comparisca, il presidente rimette con decreto le parti avanti il tribunale e dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, salvo quanto è stabilito dall'articolo precedente.

Annotazioni.

1. Una procedura preliminare è tracciata, interna, famigliare, che circonda la querela matrimoniale delle più prudenti precauzioni: il presidente siede meno qual giudice che pacificatore; solo più tardi, caduta la speranza della riconciliazione, pronunzierà la giustizia.

2. La legge aborre codeste divisioni maritali; confida nel pio ufficio del magistrato; non distingue, e trova per ogni causa la riconciliazione possibile. È vero che una di codeste cause sembra ripugnante alla riconciliazione; par quasi che vi resista qualcosa che può prendere anche colore di pubblica moralità. E sarebbe la *pena criminale* subita da uno dei coniugi anteriore al matrimonio e ignorata, o posteriore. Scrutando questo soggetto, il PIGEAU rifletteva che deve a tutto bastare la prova della condanna colla sentenza passata in giudicato: ed essere fuori di proposito le pratiche di conciliazione e la chiamata del marito. Con PIGEAU vanno DURANTON, tom. II, n° 567, e MASSOL, *De la séparation de corps*, pag. 106. Quest'opinione potrebbe avvalorarsi di un argomento, ed è che i delitti del padre, le pene sofferte, l'infamia che lo segue nel ritiro domestico, sono cattivi esempi, pessimi istrumenti di educazione: la morale pubblica non poter desiderare che tal uomo torni al fianco d'una buona moglie, in mezzo agli innocenti suoi figli. No; io preferisco la morale

che insegnano, senza esser teologi, TOULLIER, ZACHARIÆ, DALLOZ e CHAUVEAU. Se si prova che questo padre è venuto a portare in famiglia le sue tristi abitudini; se si prova ch'esso è pietra di scandalo ai figliuoli, afflizione e pericolo alla moglie, allora si prova di più che una condanna criminale, già espiata. Non è adunque per la condanna criminale, ma per cotali fatti che la domanda della moglie è moralmente giustificata. Ma prima di questo, la fiducia che dobbiamo avere nella virtù emendatrice della pena e nei buoni istinti dell'animo umano, ci fa credere nell'uomo pentito e corretto che ha imparato quanto costi l'esser malvagio. Queste considerazioni sono più che potenti a mostrare, che non mancherà al magistrato la materia di efficaci e sante parole: che una conciliazione è possibile per lo ravvedimento del marito: che ad ogni modo deve tentarsi (*).

2. *Se l'atto di riconciliazione formi ostacolo a una nuova domanda di separazione personale.*

Il Codice Napoleone che ammetteva il divorzio, fatto immensamente più grave, nell'articolo 272, dichiarava *estinta l'azione di divorzio colla conciliazione* (**); ma soggiungeva l'articolo seguente: « Potrà questi nondimeno « (il marito) intentare una nuova azione per « l'evenienza di altra causa dopo la riconciliazione, ed allora potrà far uso delle cause « precedenti per appoggiare la nuova sua domanda ». Ciò deve molto più ammettersi in fatto di separazione personale.

Insegna MERLIN che in materia di *separazione di beni* « la cosa giudicata non ha fra « coniugi quell'autorità che ha ordinariamente « fra le altre parti »; quindi, respinta una volta la domanda della moglie, può ripetersi con fede di buon successo per nuovi disordini amministrativi del marito; e così fu più volte sentenziato (*Séparation de biens*, sez. II, § 1, n° 11), e n'estende l'applicazione alla *séparation en corps* (*Répert.*, § 3, n° 3). La nostra legge sembra più severa. « La riconciliazione « estingue il diritto di chieder la separazione; « essa induce l'abbandono della domanda che « fosse stata proposta » (articolo 153 del Codice civile). Insiste nondimeno la inflessibile ragione delle cose a dire che la riconciliazione è riparazione delle passate e non delle future offese. Fra le cause determinate dal Codice, una sola, quella dell'articolo 151, è permanente: ma lo ho fatto più sopra delle osservazioni che giova ricordare. Se potesse provarsi una formale adesione della moglie a convivere col marito, reduce dal luogo di pena, potrebbe formarsene un *fin de non reçevoir* quante volte per la stessa causa domandasse la separazione personale. Ma si pose superiormente in un certo rilievo, che d'ordinario non è la condanna e la pena, ma i loro prodotti nel morale del condannato che si spandono nella famiglia e ne contristano l'esistenza: causa che ricorre in quella che la legge civile considera nell'articolo 150.

3. *Del luogo di abitazione della moglie durante il giudizio di separazione personale.*

L'articolo 878 del Codice di procedura francese previde che la condizione della moglie diventava ben dura in una tal lotta; chè ricondursi nella casa maritale, dove già sopportava i più crudeli trattamenti, equivale ad una condanna: è per lo meno un gran pericolo. « Le « président, dice quell'articolo, autorisera par « la même ordonnance la femme à procéder « sur la démande; *et à se rétirer provisoire-* « *ment dans telle maison dont les parties seront* « *convenues, ou qu'il indiquera d'office;* il or- « donnera que les effets à l'usage journalier « de la femme lui seront remis ». Uno scrupolo, che poi fu trovato eccessivo, della Corte d'appello di Parigi, giustificato dalle riflessioni di COFFINIERS nel *Journal des Avoués*, uno scrupolo di convenienza e di moralità, negava al presidente la facoltà di assegnare alla moglie un luogo di dimora fuori del distretto abitato dal marito, che aveva diritto alla sorveglianza di lei e dei figli. Si fece anche questione se l'essersi dalla moglie abbandonata la dimora assegnatale costituisse *un fin de non reçevoir:* una eccezione alla sua domanda. Ma qual regola può mai indicarsi in contingenze di questa natura? La pratica si rimette alla prudenza del giudice (Corte di Bruxelles, 15 luglio 1807; Cassazione francese, 27 giugno 1819, ecc.). Pronunciata la separazione personale, cessava a carico della moglie questa specie di domicilio coatto.

La nostra legge ha fatto di meglio: ha detto nell'articolo 808: « Se la riconciliazione non « riesca... il presidente dà i provvedimenti tem- « poranei che ravvisi urgenti nell'interesse dei « coniugi e della prole ». (***). Egli è dunque

(*) Non intendo con questo discorso escludere nella moglie l'azione di separazione pel nudo fatto della condanna criminale; ma dico che vi ha materia di resipiscenza, e quindi di riconciliazione.

(**) Leg. 2 § 3, Leg. 29 §§ 2 e 4, Leg. 15 § 5 Dig. ad Leg. Tuliam de adult.; Leg. 6 § 3 Dig. de his qui not. infamia.

(***) Questa parte della procedura non ha riscontro nei

fornito delle stesse facoltà che attribuisce al presidente la legge francese; ma ne ha delle più estese e conformi al bisogno. Può provvedere a quella più urgente degli alimenti. Nel sistema francese il presidente non ha simile facoltà, e rimette le parti al tribunale: il presidente non può fare neppure un assegnamento alla giornata, e per così dire momentaneo. Ma io credo che nella espressione generica della nostra legge questa facoltà sia contenuta; e non ostare la successiva disposizione dell'articolo 810 (*V.* le ANNOTAZIONI relative).

Articolo 809.

La notificazione del decreto che rimette le parti davanti il tribunale si fa soltanto alla parte che non sia stata presente alla pronunziazione di esso e contiene citazione a comparire.

Annotazioni.

All'atto di notificazione, ove occorra, va unita la citazione nelle solite forme (*). Non si dichiara se il procedimento sarà sommario e a udienza determinata. Lo sarà senza dubbio. Il presidente non più nella sua qualità di conciliatore ma di capo del tribunale, destinerà l'udienza: l'affare sarà subito portato a decisione, ove non si tenesse necessaria la formazione di qualche prova (*V.* le ANNOTAZIONI all'articolo seguente).

Articolo 810.

Il tribunale che pronunzia la separazione determina, occorrendo, il modo con cui i coniugi debbano somministrare gli alimenti, tenuto conto dei motivi della separazione.

Queste disposizioni e le altre di cui nell'articolo 154 del codice civile, possono sempre, sull'istanza di una delle parti, essere rivocate o modificate dal tribunale secondo le circostanze.

Annotazioni.

1. *Forma del procedimento.*

a) Le parti possono farsi assistere da procuratori o mandatarii?

Il dubbio nasce da quelle parole dell'articolo 807: » Le parti devono comparire personalmente, e non possono farsi assistere da « procuratori nè da consulenti ». Nasce dalla natura della questione delicata e sempre sul pendio dello scandalo. Nasce dal non trovarsi in tutto questo capitolo nè una parola nè un cenno indicativo della necessità o almeno della facoltà del ministerio procuratorio.

Noi possiamo bene dissimulare la origine francese dei nostri istituti giudiziarii, ma il pensiero del legislatore italiano n'è intinto: vi è sempre una tal quale relazione presunta dove non si appalesi una volontà diversa. In Francia non si è trovato niente affatto incompatibile il ministero dei consulti in un giudizio di *séparation de corps* o di divorzio. Che ardite, che elevate questioni giuridiche in un giudizio di divorzio! Era credibile che le parti, che non sono altri che i coniugi, avrebbero potuto o, potendo, voluto affrontarle in persona? Tanto più che l'intervento del pubblico Ministero promette di trattarle con tutta l'arte e il prestigio degli argomenti legali? Onde diceva l'articolo 879 della procedura: « La causa si « istruisce nelle forme stabilite per le altre « domande, e si giudica sentito il pubblico Ministero » (**). E l'art. 307 del Codice Napoleone, abbracciando nominatamente la causa del divorzio e della separazione personale, dice: « Sarà proposta, attivata e giudicata nella « stessa guisa che qualunque altra azione ci« vile ».

Posto pertanto che non si aveva ragione per escludere il ministero dei procuratori, si faceva un'altra domanda:

Se la udienza debba tenersi in pubblico come ogni altra.

Si citavano delle decisioni opposte (per la ne-

---

precedenti Codici piemontesi. Il Codice di procedura delle Due Sicilie, nel Titolo IX del Libro VII, non fece che appropriarsi le disposizioni del francese.

(*) Se la formola debba contenere anche il nome del procuratore, giusta il n° 8 dell'articolo 131, è da vedersi nelle Annotazioni all'articolo 840.

(**) Imitato, ben intesi, dal Codice delle Due Sicilie, articolo 957.

gativa, la Corte di Rouen, 9 novembre 1808; per l'affermativa, la Corte d'Angers, 9 dicembre dello stesso anno). La Corte di Parigi soleva trattare le questioni di separazione personale in udienza pubblica (*V. Jurisprudence sur la procédure*, tom. II, pag. 382, e tom. III, pag. 291). Cessò la disputa e il dubbio colla ordinanza reale del 16 maggio 1835, che decise per la udienza ordinaria, quanto dire per l'udienza pubblica, ed è già divenuta la consuetudine del fôro francese dopo l'abolizione del divorzio (*).

È mio avviso che il ministero dei procuratori non solo sia ammesso, ma necessario: che l'udienza sia non altra che la udienza comune. Alla prima proposizione, quale obbietto si farebbe? Ben lieve. Si direbbe che per l'articolo 807 le parti denno comparire *personalmente* senza assistenza di procuratori e consulenti. Ma dove? Avanti il presidente, nel congresso preliminare, obbligatorio, avanti il magistrato conciliatore: e ognuno ne intende il perchè. Dopo quella, comincia una causa in tutte le regole (articolo 808, in fine), e delle più burrascose, ove una delle parti deve soccombere con discapito d'interesse e forse d'onore. Si noti che una disposizione identica si legge nella procedura francese all'art. 887, che non impedisce però l'intervento dei procuratori quando si apre il giudizio contraddittorio.

Contro l'altra si dirà per avventura che la materia è scandalosa? Ma non lo è sempre, o almeno non lo è più di una causa criminale. Ove il buon costume vi fosse interessato, il tribunale farà come suole per ogni altra udienza: la terrà a porte chiuse (articolo 52).

La citazione pertanto ordinata dall'art. 809 sarà completamente conforme, ed avrà tutti gli effetti di quella sistemata nell'articolo 134.

b) Incidenti. Esami di testimonii.

Gli *ordinamenti speciali*, ove non dichiarano la limitazione o dove la limitazione non sia assolutamente imposta dalla qualità del giudizio, lasciano l'atto in dominio del diritto comune. Lo dissi, e lo ripeto, avendo la forza di un principio, e si verifica anche nel caso presente. Scorrendo gli annali della giurisprudenza francese, e mi si permetta, per brevità, di non citarne le prove, s'incontrano limitazioni alle regole ordinarie, segnatamente in fatto di testimonii; ma appresso l'abolizione del divorzio, la pratica non ebbe più bisogno di andarsi destreggiando per conciliare la procedura colle non poche disposizioni eccezionali del diritto civile; per es., intorno alla qualità dei testimonii che si potevano sentire sulle cause di sospetto o sulle ricusazioni (MASSOL, *De séparation de corps*, pag. 116; THOMINE, tom. II, pag. 491; BERRIAT, pag. 677, n° 7; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 2493; PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 580, ecc.).

Noi seguiamo in tutto il diritto comune della procedura.

2. *Se la separazione personale produca la separazione dei beni.*

L'articolo 311 del Codice Napoleone è preciso: « La separazione personale produrrà « sempre la separazione dei beni ». Laonde deduceva MERLIN, che la moglie separata personalmente ha sempre la scelta di accettare la comunione o di rinunziarvi; o in caso di accettazione, agire per la divisione, e così ad ogni altro effetto correlativo (*Séparation de corps*, § 4). Un altro corollario, anche più rilevante, che la separazione dei beni si retrotrae all'epoca in cui si manifestarono le cause che produssero la separazione personale (**), perchè il marito sin d'allora era decaduto da' suoi diritti. Correvano però varie consuetudini in pieno vigore avanti il Codice civile.

A giudizio di alcune Corti, la moglie, separatasi per sevizie e mali trattamenti, poteva revocare le donazioni, i vantaggi fatti al marito nel contratto matrimoniale (MERLIN, ivi, n° 5). L'illustre autore però non adottava questa opinione, fondandosi sull'articolo 959 del Codice civile.

Esaminiamo la differenza fra quella e la nostra legislazione.

Noi troviamo che la *separazione personale* e la *separazione dei beni* non è la stessa cosa, o meglio, la prima non è causa necessaria della seconda. Questa è fondata in ragioni del tutto economiche; e possono vedersi i cenni che ne abbiam dato esponendo l'articolo 806. La separazione personale versa in altro ordine d'idee, e può esistere rimanendo uniti i patrimonii: e il nostro articolo 810 ce ne fa capaci determinando che il tribunale provvederà, occorrendo, *sul modo con cui i coniugi debbano somministrare gli alimenti:* il che suppone la unione dei beni. Il Codice albertino decideva « che la moglie separata definitivamente di « corpo, ha la libera amministrazione e dispo- « nibilità de' suoi beni non dotali, salvo l'auto- « rizzazione del marito per l'alienazione dei

(*) Avvenuta colla Legge dell'8 maggio 1816.
(**) Invece la retroattività della sentenza è stabilita in fatto di *separazione di beni* (articolo 1420 del Codice civile).

« beni immobili ». Vi corrisponde l'art. 1824, dichiarando che « la dote rimane inalienabile ».

La separazione personale non arreca quindi di necessità la *separazione dei beni;* ma può dare giusto motivo di domandarla. « La separazione della dote può anche essere domandata dalla moglie che abbia ottenuta sentenza di separazione personale contro il marito » (articolo 1418 del Codice civile, capoverso).

Il potersi domandare, non vale la certezza di ottenere; e l'ottenere dipende dalla ragionevolezza della causa per cui si chiede. Secondo il diritto romano, la deportazione del marito era motivo a chiedere la restituzione della dote, benchè in pendenza di matrimonio (Leg. 31 Dig. solut. matrim.; Leg. 1 Cod. de repudiis). E la condanna criminale del marito, l'abbandono in cui deve lasciare i suoi affari, le maggiori insistenze che sogliono fare i creditori in circostanze sì deplorabili, possono senza dubbio giustificare una simile azione della moglie. Ma allora la separazione personale per forza di giudizio civile non si comprende: essa esiste per forza delle cose; perciò l'articolo 131 del Codice civile non parla che del marito *reduce dalla pena.* La impossibilità peraltro di convivere con un uomo che ha portato nella famiglia le truci abitudini dell'ergastolo; il costume orribilmente corrotto; la perversità indomabile del suo carattere, possono dar motivo alla moglie *di una separazione più completa:* allora nasce il diritto della separazione reale come conseguenza della personale. Così tutti i rapporti si sciolgono, e per quanto è permesso dai nostri principii religiosi e sociali, ciò è quanto di più rappresenta il divorzio; perciò fu appellato il *divorzio dei cattolici.* La nostra legislazione però dà prova di profonda saggezza, interponendo fra la *separazione personale e quella dei beni* l'autorità del giudice ed un nuovo giudizio.

Ho accennato alle conseguenze della separazione personale, non bene chiarite dalla giurisprudenza francese, rimpetto specialmente all'articolo 959 del Codice Napoleone « Le donazioni a contemplazione di matrimonio non saranno rivocabili per titolo d'ingratitudine ». Questa disposizione venne accolta anche nel Codice albertino, articolo 1168. L'articolo 1087 del Codice civile italiano dichiara « irrevocabili per causa d'ingratitudine le donazioni puramente rimuneratorie, e quelle fatte in riguardo di un determinato matrimonio ». Con una legge simile, sebbene un po' remota dalla specie attuale, non era facile alla giurisprudenza il far passare una penalità che non era scritta come conseguente dalla separazione personale. Il Codice italiano ha tolto ogni dubbio, prescrivendo (art. 136): « Il coniuge per colpa del quale fu pronunciata la separazione, *incorre nella perdita dei lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli aveva concessi col contratto matrimoniale, sebbene siano stati stipulati con reciprocità* (*). Penalità salutare, che consegue immediatamente dalla sentenza di separazione personale, che non si confonde coll'azione della separazione dei beni, e vale di utilissimo freno alle colpevoli esorbitanze dei coniugi.

Dacchè la separazione personale e quella dei beni si considerano da noi come azioni distinte, ne deriva che il coniuge non può fare in quel giudizio gli *atti conservatorii* (per es., sequestri, apposizione di sigilli, ecc.), come in questo sarebbero di diritto.

Ne segue ancora che i creditori non hanno facoltà d'intervenire; ed è quindi inapplicabile il disposto dell'articolo 1421 del Codice civile.

3. *Dell'appello.*

Nessuna disposizione limitativa al diritto di appello; il diritto di appello esiste adunque in tutta la sua ampiezza, *al pari di ogni altro mezzo impugnativo delle sentenze.*

4. La sentenza di *separazione maritale* ha tutta l'autorità della cosa giudicata, eccettuata la quantità e modalità della *prestazione alimentaria, la custodia ed educazione dei figli* (capoverso ultimo).

Articolo 811.

Nel caso di separazione volontaria indicato nell'articolo 158 del codice civile, il presidente deve avanti tutto sentire, nel giorno da lui stabilito sul ricorso delle parti, l'uno e l'altro coniuge separatamente e fare in seguito ad ambidue le rimostranze che creda atte a riconciliarli.

(*) Anche questa clausola è sapiente: essa rammenta le questioni che si facevano appunto sulla *reciprocità*, come limite al diritto di revoca. Ma sarebbe questa legge applicabile al fatto dell'articolo 131 del Codice civile, specialmente se la *condanna fu posteriore al matrimonio:* ritenuto che il delitto del marito non sia stato rivolto contro la moglie? Io mi permetterei di dubitarne.

Se la riconciliazione riesca, si fa processo verbale nelle forme stabilite dall'articolo 808.

Se la riconciliazione non riesca, si fa nelle stesse forme processo verbale del consenso dato dai coniugi per la separazione. Il processo verbale deve inoltre esprimere le condizioni della separazione rispetto ai coniugi e alla prole, le quali possono però modificarsi a norma del capoverso dell'articolo precedente.

La relazione per l'omologazione del tribunale, è fatta dal presidente in camera di consiglio.

Annotazioni.

« La separazione dei coniugi pel solo con- « senso dei coniugi non può aver luogo senza « l'omologazione del tribunale » (art. 158 del Codice civile). L'articolo 811 s'incarica di mettere ad atto questa decisione. Se la domanda è respinta, ha luogo il *reclamo* alla Corte in un termine qualunque (articolo 781).

TITOLO V.

DISPOSIZIONI RELATIVE AI MINORI DI ETÀ

CAPO I.

DEI CONSIGLI DI FAMIGLIA E TUTELA

Articolo 812.

Il processo verbale delle deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela si fa dal cancelliere del pretore e deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo in cui è fatto;

2° Il nome e cognome dei consulenti intervenuti al consiglio e degli assenti;

3° L'oggetto della deliberazione;

4° Le altre indicazioni richieste dalla legge.

Il processo verbale è sottoscritto dai consulenti intervenuti, dal pretore e dal cancelliere.

Annotazioni.

Questa parte della procedura è ristretta in proporzione dell'ampiezza in cui la istituzione si svolge nelle pagine del Codice civile. Qui la procedura è veramente addiettiva e complementare, ed espone gli ultimi tratti della forma che il Codice civile non ha potuto appropriarsi. Percorriamo rapidamente alcune delle nozioni ch'essa suppone.

1. *Dell'autorità del Consiglio di famiglia.*

Le principali funzioni del Consiglio di famiglia possono così compendiarsi: 1° Organizzare la tutela del minore dopo la morte dei genitori (articoli 248, 249, 264 e seg. del Codice civile): 2° Risolvere le questioni delle scuse, dispensa e remozione del tutore e protutore (articoli 271, 272, 273 dello stesso Codice civile); 3° Regolare la educazione del minore (articoli 278, 279, ivi); 4° Dirigere, ove occorra,

ed assistere le più importanti operazioni conservative del patrimonio (articoli 277 a 290, ivi); 5° Stabilire intorno alla domestica economia del minore (articolo 291); 6° Assicurare l'esito dell'amministrazione con opportune cautele (articoli 292, 293, 294, 292, ivi); 7° Autorizzare i fatti più importanti e decisivi dell'amministrazione (articoli 296, 298, 299, 300); 8° Rivedere, censurare ed approvare il conto dell'amministrazione (articoli 305, 306).

Ciò quanto al *patrimonio*. Quanto alle *persone*. L'oggetto, che può dirsi sommo, della istituzione, è la protezione attiva e continua del minore: totale, se non emancipato, meno estesa e parziale quando sia emancipato, ma in tal caso ha superati gli anni diciotto (articoli 55, 310, 311 dello stesso Codice civile). Il provvido intervento del Consiglio di famiglia abbraccia anche la persona in età maggiore nei casi contemplati dall'articolo 324 e seg. (*).

L'autorità del Consiglio di famiglia comincia dove finisce quella dei genitori; o la morte li abbia rapiti, o coll'emancipazione il genitore abbia deposta la patria podestà, non ritenendo che la veste di curatore (articolo 314) (**). A quella imponente e suprema autorità paterna è surrogato il prudente artificio legislativo, portato delle legislazioni moderne, che al Consiglio attribuisce la mente; al tutore, al curatore l'azione; e, come ora vedremo, fa concorrere elementi naturali e legali, la famiglia e l'autorità con uno scrupolo di previsioni, che taluno chiama eccessivo, o almeno non molto acconcio a quelle pronte conclusioni di cui talvolta gli affari hanno mestieri.

« Il Consiglio di famiglia, ha detto ZACHA-« RIÆ, sfornito di ogni podestà giudiziaria e « amministrativa, non è che un'assemblea de-« liberante, incaricata di prender delle risolu-« zioni in occasione delle funzioni della polizia « giudiziaria che sonogli attribuite » (§ 92). Non adotterei in tutto la formola di questo scrittore il cui linguaggio suol essere di una precisione ammirabile; il Consiglio di famiglia non amministra, ma tiene il governo e il timone, si direbbe, dell'amministrazione; crea gli amministratori e li domina con un'autorità di cui può censurarsi l'uso ma non contestarsi il diritto. La espressione di *polizia giudiziaria* non mi sembra esatta. Quanto alla *podestà giudiziaria*, il proposto è vero, e ne tratteremo all'articolo 815.

2. *Composizione del Consiglio di famiglia.*

Il pretore ha le attribuzioni di presidente del Consiglio con quei poteri che sono indicati nel Codice civile; nella votazione del Consiglio è parte essenziale (***), e di quella importanza che dichiara l'art. 258 del detto Codice. La funzione del pretore può esser considerata in una relazione complessa collo stesso Consiglio di famiglia, e allora il pretore non è che uno dei membri di quella congregazione direttiva, e non pronunzia come giudice: la risoluzione che ne risulta è quella del collegio. Ne segue che, annullata o respinta la risoluzione dall'autorità giudiziaria, se occorre altra deliberazione sul medesimo affare, il pretore è sempre al suo posto di presidente e rende il voto. Nondimeno questo giudice, che porta nel Consiglio di famiglia un parere tanto più autorevole quanto dev'essere libero da ogni lievito di parzialità e d'interesse, si considera ancora come tale, cioè giudice, e si divide dal corpo morale di cui fa parte per attaccarlo di sospetto se vi dia cagione, e *ricusarlo* (articolo 118 della procedura). Gli articoli 231, 232, 233, 235, 239, ecc., dichiarano di quali altri membri si compone essenzialmente il Consiglio di famiglia, e come questi concorrano e quando debbano astenersi.

3. *Convocazione.*

L'assemblea deriva il potere di deliberare dalla convocazione che ne fa il suo presidente (articolo 250 del Codice civile) tostochè si verifica l'apertura della tutela secondo l'articolo 249. Da quel momento il Consiglio di famiglia assume *una funzione abituale*, ed è costituito moralmente in permanenza per tutta la durata della tutela. « Verificandosi l'aper-« tura della tutela, è costituito *un Consiglio* « *di famiglia permanente per tutto il tempo* « *della medesima* presso il pretore del manda-« mento dove si trova la sede principale degli « affari del minore » (articolo 249).

Il nostro articolo 812 esordisce difatti con questa distinzione nominale: *Consiglio di famiglia* o *di tutela*; distinzione attinta appunto da quella legge del Codice civile. L'ordine, il carattere, la forma delle deliberazioni non diversifica; ma conviene anche curare i nomi

(*) Il presente Titolo V non contiene che le *disposizioni relative ai minori*; ma troveremo le altre nel seguente Titolo VII.

(**) Il padre emancipante, rimasto *semplice* curatore, non può autorizzare il figlio emancipato ad atti di alienazione; ma dipende esso pure dal Consiglio di famiglia; onde io avviso che la Corte di Milano abbia fatto retta applicazione dell'articolo 319 del Codice civile, nella specie recatasi dalla diligenza e intelligenza della Direzione del *Monitore dei Tribunali*, 1867, n° 8 e 9.

(***) Talchè, non emettendo il voto, la deliberazione sarebbe nulla (ZACHARIÆ, § 93).

che contengono idee a cui il nuovo Codice annette importanza.

Il Consiglio di tutela è l'occhio vigile, perpetuamente aperto sulle azioni del tutore; la mano sempre alzata a percuoterne gli abusi e raffrenarli. Delibera convocato; ma ha il sentimento del suo ufficio continuo, incessante, che tiene i membri del Consiglio, anche nella loro individualità, in guardia sui fatti dell'amministrazione. Il Consiglio di famiglia è convocato anche per determinazioni aventi un oggetto piuttosto speciale che generale; e allora si vuol chiamare semplicemente tale, e non *Consiglio di tutela*. Tali sono le determinazioni concernenti la nomina dei *curatori*, che troviamo negli articoli 319 e 320 del Codice civile.

4. *Competenza locale del Consiglio di famiglia.*

La competenza è determinata *dal luogo dove si trova la sede principale degli affari del minore* (articolo 249 del Codice civile).

L'interesse del minore esige i più pronti provvedimenti; d'altra parte è difficile il conoscere nei primi momenti in qual luogo esistano affari di maggior rilievo. In qualche dizione si avranno gl'immobili, in altra gli stabilimenti commerciali; e gli uni e gli altri saranno agglomerati in provincie diverse, con amministrazioni distinte, come avviene nei grandi patrimonii. La sostanza può anche trovarsi diffusa in differenti Stati. È dunque possibile che si costituiscano ad un tempo più Consigli di tutela e sia nominato più d'un tutore. Questa posizione di cose non può durare. L'unità dell'amministrazione è necessaria: la legge non conosce che un solo tutore. L'educazione del pupillo non può essere suddivisa; essa deve sottostare ad unica direzione.

Se queste varie risoluzioni si verificano nel regno, deve credersi che la previdenza delle nostre leggi ci porga il rimedio.

Osservata dalla dottrina e giurisprudenza francese questa combinazione si disse che non avrebbe potuto applicarsi il regolamento istituito per decidere i conflitti di giurisdizione, non trattandosi di giurisdizione contenziosa, nè di giudizi, nè di veri giudici. La deliberazione di un Consiglio di famiglia non è una sentenza. Così ritenne la Corte di Cassazione francese nel 18 luglio 1826 (*Journal Avouès*, tom. XXXII, pag. 121). Quale sarà dunque il partito da prendersi? Ecco quello che insegna il CARRÉ (quest. 2999). Niente altro che fra i due tutori (e possono anch'essere più di due) s'impegnerà una lite; il tutore, che si trova impedito o contrariato dalle risoluzioni dell'altro, lo chiamerà in giudizio, e farà decidere la prevalenza.

Secondo questo sistema, le gestioni separate sono possibili, dato il caso che i diversi tutori siano contenti di esercitarne una parte. Ma, come ognun vede, l'interesse non è del tutore, ma del pupillo, al quale l'unità e la omogeneità dell'amministrazione sommamente interessa.

Si è avuto torto, lo credo, di non riconoscere nel Consiglio di famiglia una magistratura che nella sfera de' suoi poteri ha una giurisdizione legale che reclama il suo posto negli ordini della competenza. Invero la nostra legge sul *regolamento della competenza* (Libro I, Tit. I, Capo II), nel suo principale concetto, non differisce dalla francese; tuttavia non si dubita della sua applicabilità. In recenti giudizi della Cassazione di Torino, nei quali io ebbi l'onore di dar voto (*), ciò si è ritenuto senza esitanza, poichè in diversi luoghi si ora proceduto simultaneamente nelle operazioni della tutela.

Non possiamo camminare che per analogia; ma abbiamo l'appoggio dell'articolo 3° *delle disposizioni preliminari* del Codice civile.

Primieramente è da tenersi il pubblico Ministero investito di facoltà, come per impugnare le decisioni del Consiglio (articolo 815), così a

(*) (Causa Costa - Costa, decisione della Cassazione di Torino, 24 marzo 1866, relatore Canina). Nel 21 settembre 1863 moriva in Bastia di Corsica Stefano Costa, che riteneva domicilio in Sestri Levante, territorio genovese. Il console italiano residente in Bastia nominò all'unica figlia minore del defunto il tutore nella persona di Lazzaro Costa suo zio, e il protutore, convocando un Consiglio di famiglia; indi fu compilato l'inventario, si provvide per la vendita di mobili, pel deposito di ragguardevoli titoli di credito nella Cassa d'industria e commercio *di Parigi*, e alla educazione della fanciulla *in Francia*. Più tardi il tutore pensò convenire che la fanciulla fosse condotta in Genova, e ricevesse la sua educazione in Italia; e i capitali depositati a Parigi fossero richiamati. La istanza fu portata al giudice di Sestri Levante, che opinò doversi il tutore rivolgere al console italiano di Bastia, nel qual luogo si era aperta la tutela. Quel decreto fu confermato dal tribunale di Chiavari. La Corte di Genova è destinata dai trattati internazionali a risolvere i conflitti di giurisdizione fra le autorità francesi e italiane, come dalla Legge consolare 15 agosto 1858, e Trattato del 18 dicembre 1862. La Corte di Genova pronunciò nel 24 dicembre 1864 un decreto nel quale, dirimendo un conflitto che non esisteva, disse competente il Consiglio di famiglia di Bastia. Quel decreto fu cassato dalla Corte suprema nell'11 giugno 1865; ma per allora non si entrò nel merito della questione. Portatosi poi in Cassazione un altro decreto della Corte di Genova, che era del 10 settembre 1861, ove era stata decisa la questione di competenza a favore del Consiglio di famiglia di Bastia, la Corte suprema cassò anche questo decreto, giudicando che la *sede permanente* del Consiglio di tutela doveva ritenersi in Sestri Levante, ove il defunto aveva l'ultimo suo domicilio.

promuovere il *regolamento di competenza*. Librandosi al di sopra della connivenza dei tutori, gioverà alla cosa pubblica tutelando la causa del pupillo. L'*autorità superiore* (articolo 108) è il tribunale, se i lottanti Consigli di famiglia esistono nel suo circondario; altrimenti la Corte d'appello della provincia, o la Cassazione. Il conflitto esiste quando due pretori hanno convocato rispettivamente i Consigli di famiglia, e si sono cominciate le discussioni: molto più se sono state prese deliberazioni affermative della competenza. È noto che l'indole di quest'ordinamento è piuttosto *preventiva* che *riparativa*: riconducendo all'unità questa specie di scisma giudiziario, previene le risoluzioni irretrattabili, dopo le quali non ci sono che i giudizi di nullità e le cassazioni. In siffatta emergenza che non cede in gravità ed importanza a verun'altra, il soccorso della legge non può mancarci. Non perciò sono esclusi i mezzi ordinarii d'impugnazione, come diremo parlando dell'articolo 815.

5. *Del processo verbale.*

Si ritenga che ove al n° 4 accenna ai *consulenti intervenuti*, l'articolo vuol anche comprendervi la menzione del giudice, presidente del Consiglio, menzione assolutamente necessaria, altrimenti ogni deliberazione sarebbe nulla e, come inesistente, incapace di omologazione. Ai tre requisiti se ne aggiunge un quarto abbastanza generico, *le altre indicazioni richieste dalla legge*. Alcune di codeste formalità intrinseche del processo verbale trovansi realmente dichiarate dalla legge. Sono quelle scritte negli articoli 256 e 260 del Codice civile. Altre non dichiarate, non sono meno necessarie. I fatti enunciati negli articoli 254, 258, 361, devono risultare dal processo verbale, senza di che il verbale, se non assolutamente nullo, sarebbe annullabile.

Articolo 813.

Se il tutore nominato dal consiglio non sia presente alla deliberazione, questa gli è notificata per cura del cancelliere nel termine stabilito nella deliberazione stessa, senza che occorra di dargliene copia.

Il certificato della notificazione fatta dall'usciere è unito dal cancelliere alla deliberazione del consiglio.

Articolo 814.

La domanda per omologazione si presenta dal tutore o da chi altri ne abbia obbligo, alla cancelleria del tribunale, nel termine stabilito dalla deliberazione del consiglio, o, in difetto, nei quindici giorni dalla data della medesima.

Se la domanda non sia presentata nei detti termini, qualunque dei consulenti può proporla a spese di chi ne aveva l'obbligo, senza che questi abbia diritto di ripetizione contro il minore.

Annotazioni.

1. Alcune deliberazioni del Consiglio di famiglia sono soggette all'*omologazione* del tribunale, ed altre no. Vi sono soggette quelle che contengono un interesse più grave, più importante nelle conseguenze pel patrimonio pupillare.

Articolo 301 del Codice civile. « Tutte le « deliberazioni del Consiglio di famiglia per « le quali siano autorizzati atti di alienazione, « di pegno, d'ipoteca dei beni del minore, de« vono essere sottoposte all'omologazione del « tribunale. Saranno parimente soggette alla « omologazione del tribunale le deliberazioni « che autorizzano il tutore a prendere danari « a prestito, e quelle relative alle transazioni, « ai compromessi e alle divisioni in cui sia in« teressato il minore ».

Articolo 276. « Il Consiglio di famiglia po« trà in ogni tempo dispensare il tutore, pro« tutore ed il curatore dal loro ufficio, qualora « essi consentano a rassegnarlo, e il Consi« glio reputi necessario un tale provvedimento « nell'interesse del minore. La deliberazione « del Consiglio di famiglia, ove *non sia stata* « *presa ad unanimità*, sarà sottoposta all'o« mologazione del tribunale ».

Articolo 293. « Il Consiglio di famiglia potrà « nel progresso della tutela richiedere al tu« tore la cauzione di cui fosse stato dispen« sato, e potrà parimente liberarlo da quelle « che avesse dato. Potrà pure estendere e re« stringere la iscrizione dell'ipoteca che si « fosse presa in luogo della cauzione, ed an« che autorizzare la cancellazione. In tutti

« questi casi la deliberazione del Consiglio « dev'essere sottoposta alla omologazione del « tribunale ». L'articolo si collega al procedente, in cui è stabilito che il Consiglio di famiglia può dispensare l'avo paterno o materno della cauzione, e la deliberazione è soggetta alla medesima disciplina.

2. La domanda che deve farsi al tribunale è un incombente d'amministrazione; obbligo espresso del tutore o del curatore, o anche del protutore, nei casi dell'articolo 266 del Codice civile. Se questi rappresentanti furono presenti alle deliberazioni, il termine a carico loro decorre dal giorno della stessa deliberazione, altrimenti dalla notifica che ne ricevono dal cancelliere (art. 813).

3. *Formalità della omologazione.*

Il tribunale, della cui omologazione si parla così spesso senza indicarlo, è quello *nel cui distretto fu convocato il Consiglio:* uso le espressioni che leggo nell'articolo 938 del Codice del 1859, ove pure qualche traccia è delineata di questa procedura. « Il ricorso contenente la « domanda sarà accompagnato dalla delibera- « zione del Consiglio di famiglia e dai docu- « menti giustificativi, se ve ne ha. Il segretario « (cancelliere) ne farà la trasmissione al Mini- « stero pubblico, al più tardi nel giorno suc- « cessivo alla loro presentazione, per le sue « conclusioni ». Indi nell'articolo 959: « Sulle « conclusioni che saranno scritte di seguito al « ricorso, e sulla relazione di uno dei giudici « verbalmente incaricato dal presidente, il tri- « bunale provvederà con decreto che sarà « scritto in calce delle stesse conclusioni ».

Ecco già qualche cosa che manca nel Codice attuale. Se intervenga il pubblico Ministero è inutile domandarlo. Abbiamo la disposizione generale dell'articolo 346, n° 5, e meno diretta quella del seguente articolo 815, ma che ci persuade della necessità del suo intervento. La vecchia procedura dovrà seguirsi: è la sola che conviene a questa sorta di giudizi *quando non vi sia opposizione.* Ma il tribunale pronunzia una *sentenza,* che il Codice del 1859 appellava *decreto*; ed è più che un *provvedimento* come suol dirsi, è una decisione!

Carattere del giudizio.

Siamo lasciati in una semi-oscurità. Diremo intanto, forzandoci a prendere il filo, che a quanto sembra il giudizio non ha carattere per se stesso contraddittorio; il tribunale s'informa, un giudice studia la posizione e riferisce, il pubblico Ministero dà il suo parere: tutto ciò è anche nelle proporzioni di un giudizio interno che si rende in Camera di consiglio (articolo 778, n° 2). Nel Codice Napoleone è un articolo, il 458, che dice espressamente, parlando della omologazione che il tutore deve richiedere = il tribunale civile di prima istanza *deciderà nella Camera di consiglio, sentito il regio procuratore.* = PIGEAU, con argomenti tratti da quella legislazione che a noi non occorre ripetere, opinava doversi sempre pronunziare *in udienza pubblica* (*Commentaire,* tom. II, pag. 588). Ne fu redarguito; il testo, un testo espresso, si opponeva; ma in generale la dottrina e la giurisprudenza si accordavano nel dire che l'affare doveva essere deciso solennemente, in udienza formale, *qualora fosse sorta contraddizione fra le parti interessate;* nel quale avviso sono e il THOMINE (tom. II, pag. 500), e il FAVARD DE LANGLADE (tom. I, p. 181), e il CHAUVEAU (quest. 3003).

Questa conclusione è pure la nostra. La contraddizione non sarà risveglinta da un primo atto di citazione. La legge non ci addita questa via, ma nascerà per istanza di coloro che avessero interesse contrario: a questi spetterà introdursi con un atto di citazione, giusta le norme che veniamo a trovare nell'articolo seguente. *La revisione si cangia in un giudizio sommario e contraddittorio.*

Mentre ho la mano su queste pagine giunge a mia cognizione una sentenza della Corte suprema di Firenze, del 3 gennaio 1867 (*La Legge,* anno 1867, n° 5), in cui si proclamano principii che valgono ad autorevole conferma del mio proposto.

Il pretore di ..... ha convocato un Consiglio di famiglia all'effetto di destinare un tutore o curatore all'interdetto signor *B*, chiamando a comporlo quei consulenti che ritenne indicati dalla legge. Da quel decreto i signori *C* e *D*, consulenti nominati nel testamento del padre dell'interdetto, camminando colla scorta dell'articolo 782, *interpongono reclamo al presidente del tribunale.* I parenti invitati nel decreto pretoriale si oppongono. Nasce contestazione. Il presidente indice una discussione avanti di lui, si fanno difese scritte, si fanno difese orali dagli avvocati e procuratori; e il presidente pronunzia la sua decisione, revoca la sentenza del pretore, ordina una diversa composizione del Consiglio, condanna nelle spese.

La Corte di cassazione di Firenze ha annullato per incompetenza il giudizio presidenziale. Osservò che in questo modo si era oltrepassata la sfera della giurisdizione volontaria, che si esercita *inter volentes et consentientes sine forma judicii,* che « l'essenziale carattere « della volontaria giurisdizione si è l'assenza « di ogni contraddittore »; perciò l'articolo 50

distingue *decreti* da *ordinanze*; per quelli non corre citazione, per queste è necessaria. Disse la Corte, e secondo me assai bene, che in verun modo era il caso d'interporre *reclamo*. Non per parte di quelli che avevano fatta la istanza, la quale era stata pienamente accolta. Non per parte dei terzi che, ritenendosi ingiustamente esclusi dal far parte del Consiglio di famiglia, pretendevano la illegalità del decreto del pretore. In tale stato di cose risultava evidente la necessità della giurisdizione contenziosa.

Che diviene allora del pronunziato del pretore? Esso non ha valore di giudicato rimpetto ai terzi: esso rimane inefficace dacchè si promuove l'azione sulla quale deve in forma contraddittoria decidersi la questione di diritto.

Colle quali ottime definizioni di moderno diritto giudiziario si avvalora quello ch'io avvisava testè, il giudizio assumere carattere contenzioso, cessare l'applicazione dell'art. 778, n° 2, ogni volta che sorga contraddizione fra le parti, da doversi decidere con una sentenza.

Vero è che il *reclamo* implica opposizione; ma opposizione di colui che fece la domanda stragiudiziale, e non venne accolta, e che permette benissimo in secondo grado un esame ugualmente stragiudiziale.

La istanza di *omologazione* non è punto un *reclamo*. Essa è semplicemente l'invocazione di quell'autorità la cui interposizione imprime all'atto del Consiglio il carattere legale. Non è il reclamo; ed invece è l'esecuzione. Avverto che il reclamo è tuttavia possibile avanti il presidente, ma soltanto prima della deliberazione consigliare. Dopo di essa devono adottarsi le norme del seguente articolo, che veniamo a dichiarare.

Articolo 815.

Le deliberazioni del consiglio non soggette a omologazione possono impugnarsi davanti il tribunale dai membri della minoranza del consiglio stesso entro giorni quindici dalla data delle medesime, e dal ministero pubblico, sopra informazione del pretore o anche d'uffizio, prima che siano eseguite.

In ambidue i casi la dimanda è notificata con citazione in via sommaria ai membri della maggioranza del consiglio, i quali possono incaricare uno di essi di sostenere il giudizio.

Dalla sentenza del tribunale si può appellare a norma dell'articolo 797.

Annotazioni.

1. La legge pertanto adottò la distinzione fra quelle deliberazioni che sono soggette ad *omologazione*, e quelle che non vi sono soggette. Ma è questa una distinzione reale? I *membri della minoranza* non hanno forse diritto di fare opposizione avanti il tribunale, eziandio per quelle che sottostanno ad omologazione? Evidentemente sì, ed all'effetto che non sia accordata la omologazione.

È del pari evidente che la sentenza di omologazione nata in contraddittorio delle parti è appellabile in conformità di quest'articolo 815.

2. Le deliberazioni del Consiglio di famiglia non sono giudizi: fu già osservato che l'autorità del magistrato che lo presiede si assimila, per così dire, all'azione puramente amministrativa del corpo di cui viene a far parte, e in essa si confonde. Le deliberazioni *s'impugnano* per conseguenza avanti il tribunale, che giudica della sua legalità *tamquam in prima*. La decisione giudiziaria è quella del tribunale, e da essa s'interpone l'appello alla Corte.

3. Il giudizio è sommario, ma dovrà trattarsi colle forme degli altri giudizi sommarii avanti i tribunali, col presidio dei procuratori, e coll'intervento del pubblico Ministero. In sì grande studio di guarentigie a favore del minore, i suoi affari potrebbero intanto rovinare; onde io credo che il tribunale nominerà, pendente il giudizio, un curatore provvisorio.

4. Si parla dell'appello non per attribuire il diritto (che è scritto nei principii generali della procedura fintantochè la legge non dichiara la inappellabilità), ma per limitarne i tempi e i modi. È ciò che vediamo nell'ultimo capoverso del nostro articolo.

Se compete l'appello, eziandio gli altri mezzi d'impugnazione competono; la *revoca* e la *cassazione*: sistema completo. I termini non sono modificati che rapporto all'appello, forse perchè gli altri mezzi detti straordinarii, non essendo sospensivi, non turbano di troppo l'amministrazione pupillare.

5. La lettera dell'articolo 815 non darebbe facoltà d'impugnare la deliberazione del Con-

siglio di famiglia che ai *membri della minoranza del Consiglio stesso*. E i terzi, quelli cioè che si pretendono invitati dalla legge a far parte del Consiglio, e gli altri qualunque che avessero interesse ad infirmarne le deliberazioni, in qual modo dovranno valersi del loro diritto? Semplicemente e sempre per via d'azione. Il tribunale competente è quello che sarebbe competente all'omologazione. Il CARRÉ si domandava se quegli che non fece parte del Consiglio, un terzo, dovesse invece provvedersi in appello, *pronunziato che fosse il giudizio di omologazione*, che, come vedete, è un caso differente. E rispose: « Non seulement elle n'y « est pas obligée, mais il est une circonstance « dans laquelle nous pensons qu'il ne pourrait « se pourvoir que par opposition devant le « tribunal qui aurait rendu jugement de ho- « mologation » (quest. 3010). Se tale decreto fu pronunziato senza contraddizione e *contrasto*, egli dice, non è che un atto di giurisdizione volontaria; lo stesso diciamo anche noi: e quello che il CARRÉ chiama *opposizione*, da noi s'intitola *reclamo*. Ma se vi ha contrasto e conflitto fra le parti, la sentenza contraddittoria del tribunale è appellabile, secondo le premesse osservazioni.

CAPO II.

DELLA VENDITA VOLONTARIA DEI BENI DEI MINORI

SEZIONE I.

Della vendita dei beni mobili.

Articolo 816.

Per la vendita dei beni mobili del minore, di cui nell'articolo 290 del codice civile, il tutore deve incaricare il cancelliere del pretore o un notaio.

Annotazioni.

« Nel termine di duo mesi successivi alla « formazione dell'inventario il tutore farà « vendere ai pubblici incanti i mobili del mi- « nore » (articolo 290 del Codie civile). Questo regolamento specifica i modi della esecuzione.

Articolo 817.

L'uffiziale incaricato della vendita deve annunziarla con bando da pubblicarsi e affiggersi, almeno tre giorni prima della medesima:

1° Alla porta delle case comunali del luogo del domicilio del minore, del luogo in cui si trovano i mobili e del capoluogo del mandamento;

2° Alla porta della casa in cui si fa l'incanto;

3° Nel mercato che si terrà nel comune in cui deve seguire l'incanto o nel comune più vicino se in quello non siavi mercato;

4° Sull'oggetto posto in vendita, nei casi indicati nel capoverso del numero 1 dell'articolo 629.

Se il valore di stima dei beni mobili da vendersi ecceda lire tremila, il bando deve inoltre pubblicarsi e affiggersi alla porta esterna della sede del tribunale civile e un estratto sommario deve inserirsi nel giornale degli annunzi giudiziari.

Articolo 818.

Il bando deve indicare:

1° Il luogo, il giorno e l'ora della vendita;

2° Il nome e cognome dell'uffiziale che vi procede;

3° Il nome e cognome del minore e del tutore;

4° La natura e qualità dei mobili da vendersi, senza specificazione particolare;

5° Nei casi indicati nell'articolo 823, la data della deliberazione che ha autorizzato la vendita, e le indicazioni richieste dal primo capoverso dell'articolo 632.

Annotazioni.

Il luogo della vendita può esser così la casa del cancelliere che lo studio del notaio. L'uno e l'altro uffiziale dev'essere fornito di speciale mandato del tutore.

Che s'intende colle parole *senza specificazione particolare?* (n° 4). Chiaro è che la disposizione è *permissiva*, non *imperativa:* chi volesse *specificare* i mobili col rispettivi prezzi di stima, non farà che bene; se si volesse vendere non un complesso, una *universitas* di mobili, ma i singoli mobili, sarebbe allora necessario distinguerli in particolare. Tuttociò dipende dalle prudenti viste del tutore che procede alla vendita volontaria.

La mala formazione del bando potrebbe esporre a qualche responsabilità l'*ufficiale* che ne ha l'incarico, o lo stesso tutore che ne fornisce i dati. Del resto, in materia specialmente di mobili, sui quali non riposano diritti reali e quesiti ai terzi, niuno sarebbe che avesse azione per domandare la nullità del bando.

Articolo 819.

L'incanto è aperto sul prezzo di stima.

Il perito per fare la stima, se questa non sia stata fatta nell'inventario, è nominato dall'uffiziale incaricato della vendita.

Il giuramento del perito è prestato davanti lo stesso uffiziale.

Articolo 820.

Quando non sia fatta offerta sul prezzo di stima, l'uffiziale che procede può, col consenso del tutore, ordinare che l'incanto sia aperto su prezzo minore.

Annotazioni.

La stima fatta nell'inventario può bastare; non si è molto rigorosi perchè nel concorso degli offerenti si spemano aumenti. Ma non sempre corrisponde l'effetto alla speranza: e il prezzo sul quale si aprirà l'incanto può essere allora diminuito. La legge confida questa operazione a persona conoscente d'affari; l'*uffiziale* riporta il consenso del tutore, consenso che dovrà apparire da qualche atto: è formalità intrinseca e sostanziale; il compratore potrebbe altrimenti correr rischio di vedersi annullata la vendita se l'offerta definitiva fosse minore, del prezzo di stima.

L'obbligo di procedere all'incanto su base di stima, mostra che non si può licenziare la vendita, se l'offerta non è superiore, o pari almeno alla stima.

L'articolo 819 accorda facoltà di abbassare il prezzo d'incanto, ma non dice: 1° *se l'incanto debba invariabilmente ripetersi*, ovvero si possa nel corso della stessa delibera diminuire dall'uffiziale procedente e dal tutore, presenti; 2° *se alla seconda prova possano rilasciarsi i mobili sopra un'offerta qualunque*, anche inferiore alla stima.

Non credo potersi stabilire *a priori* una regola certa dove la legge tace, forse per viste prudenti. Deciderà la saviezza del tutore, non senza responsabilità dal canto suo. Se trattasi di mobili di più o meno cospicuo valore, di

qualità rara, di oggetti d'arte, di materie preziose, di affare insomma di molto rilievo, mi guarderò bene dal dire che nella semplicità della legge si celi un'insidia; dirò che il tutore non deve appagarsi della facoltà di attenuare la proposta del prezzo che l'art. 820 gli concede, e vorrà coprirsi con opportune cautele, poichè non è dalla procedura ch'egli attinge le norme della sua amministrazione ma da principii d'ordine più elevato.

E pongo un esempio. Si hanno a vendere alcuni quadri che la stima attribuisce ad insigni autori. La stima corrisponde a tale attribuzione. Si sarebbe mai ingannato il perito, poichè il pubblico sembra incredulo o non fa veruna offerta, sgomentato dall'altezza del prezzo? O il quadro è *originale* di Tiziano (così per nominare un autore), e non è difficile trovare un amatore che vi spenda intorno le ventimila lire che si domandano; o è una copia, non avrete chi ne paghi mille. Sarebbe abbastanza accorto il tutore, che persuadendosi che il perito è caduto in errore, e che per vendere il quadro bisogna contentarsi di un ventesimo, diminuisse press'a poco a questa misura, o ad una misura qualunque, il prezzo d'incanto? Mentre la legge è cauta di non permettere al tutore la vendita di censi, ragioni di credito, ecc., senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia (art. 823), vorrà concedergli tanto potere quando si tratti di mobili, siano pure d'ingentissimo valore? Suppongo la *facoltà di vendere*. Ma possiede egli veramente questa facoltà? La possiede se ci fermiamo al citato art. 823 della procedura, che avrebbe un certo appoggio nell'art. 290 del Codice civile, giacchè inchiudendo la condizione dell'autorizzazione per quei casi, l'escluderebbe per la vendita dei mobili quasi considerati come capitali meno importanti. Ma l'aspetto delle cose si cangia innanzi all'articolo 296 del Codice civile, il quale prescrive che, *eccettuati i frutti e i mobili di facile deterioramento*, non possono alienarsi (i mobili) *senza l'autorità del Consiglio di famiglia*.

In questo punto la redazione del Codice di procedura non è stata abbastanza avvisata per fare un richiamo (che costava sì poco) alla regola fondamentale del Codice civile. Contuttociò non è possibile supporre che vi abbia derogato.

Resta però non contraddetta la facoltà dell'uffiziale procedente all'incanto e del tutore: la facoltà dell'articolo 820, che ho detto doversi usare con somma prudenza.

Secondo la lettera non si dovrebbe proporre la diminuzione del prezzo che mancando *ogni offerta* (art. 820). Ma se vi sono offerte e tutte minori della stima, si è *in eadem causa:* vale la stessa ragione; e si sentirà il bisogno di tenere meno alte le pretese.

Se sia sempre d'uopo ripetere l'incanto.

Stando all'esempio dei quadri che può variarsi finchè si vuole, il tutore dovrebbe provvedersi di attestazioni di professori o di accademie; e tali documenti dovrebbero essere visibili al pubblico accorrente. Si guardi adunque dal venire sull'atto a diminuire il prezzo a fronte di una completa mancanza di offerte. L'incanto si porterà ad altro giorno, a giorno indefinito. In altri casi, urgendo la vendita perchè le cose non deperiscano, lieve essendone l'importanza, ritengo che si potrà anche nello stesso mercato proporre un prezzo minore.

Se la proposta del prezzo può essere diminuita col consenso del tutore, stimo che ugualmente dipenda dalla saggezza e prudenza di lui il cedere a quella offerta che potrà credersi la migliore possibile, anche per l'analogia molto stringente dell'art. 638.

Articolo 821.

Alle vendite regolate in questa sezione sono applicabili gli articoli 633, 634, 635, 636 e 642.

Annotazioni.

Richiamo dell'articolo 634.

L'invito che si fa al pubblico è impegnativo come ogni altro. Si è dunque in obbligo di deliberare i mobili *al maggior offerente e a danaro contante* quando l'offerta superi il valsente di stima. Per correlativo l'offerente è obbligato di pagare sull'atto l'importo della sua offerta, e di sottostare alla comminatoria della seconda parte dell'art. 634. *A rischio del compratore* significa che, non potendo ricavarsi prezzo uguale alla sua offerta, dovrà prestare l'indennità.

Richiamo dell'articolo 636.

Gli *oggetti d'oro e d'argento* devono rimanere in vista del pubblico due ore almeno prima dell'incanto. Va bene. Ma non si vede richiamato l'art. 638, e ciò merita riflessione. Per quell'articolo le gioie ed altri oggetti, nel rinnovato incanto, possono vendersi, ancorchè la migliore offerta non pareggi la stima. Qui

sorge un grave dubbio. Il non richiamo dell'articolo 638 è forse la prova che il legislatore non ha voluto attribuire al tutore quella facoltà? Ovvero si è creduto bastare il nostro art. 820, che investe il tutore di una facoltà generale e buona per ogni caso?

Può dirsi a favore del primo postulato, che trattandosi di oggetti di valore, come diamanti, gioie e cose simili; essendo l'incanto volontario e non subordinato all'interesse di un creditore che spinge alla vendita, nella maggiore precauzione che deve usarsi per le cose dei minori, non si è voluto l'applicazione dell'articolo 638. Queste considerazioni sono forti; nondimeno giudico che, sotto la responsabilità del tutore, il disposto dell'art. 820 sia abbastanza ampio per comprendere questo caso.

Articolo 822.

Il processo verbale di vendita, oltre le indicazioni prescritte dai numeri 1, 3 e 6 dell'articolo 641, deve contenere il nome e cognome, il domicilio o la residenza del minore e del tutore; e nei casi indicati negli articoli 634, 635, 636 e 820, una distinta menzione di quanto sia stato eseguito in conformità dei medesimi.

Il processo verbale è sottoscritto dal tutore e dall'uffiziale incaricato della vendita. Se questa non sia compiuta di seguito, il processo verbale è sottoscritto a ogni interruzione.

Annotazioni.

La inosservanza delle formalità quivi accuratamente descritte, un effetto deve produrlo. Ma quale sarà mai questo effetto? La nullità della vendita? Ma il processo verbale non è che la storia autentica dell'avvenimento, non è l'avvenimento medesimo. Il processo verbale è posteriore, e la sua irregolarità materiale non può fare che la vendita non sia stata condotta in buona fede e incensurabile. Il processo verbale finalmente è atto d'uffizio e non del compratore, quantunque vi acceda colla propria sottoscrizione onde confermare il fatto del suo acquisto. Stimo adunque che l'irregolarità di forma del verbale non influisca sulla validità della vendita. Altrimenti l'annullarla dipenderebbe pur anche dalla frode di colui che a bello studio imbrogliasse la forma del verbale. Pertanto quelle descritte nell'articolo 822 sono norme direttive; ma sariano tenuti e l'uffiziale pubblico e il tutore a rispondere verso il tutore, poichè non sarebbe con ciò giustificata la vendita (*).

Articolo 823.

Il tutore non può far vendere i censi o le rendite perpetue o temporarie del minore, nè altre ragioni di credito, se non sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia o di tutela, il quale, riconoscendo la necessità della vendita, deve nella deliberazione che l'autorizza nominare l'uffiziale che dovrà procedervi e determinare il prezzo sul quale dovrà aprirsi l'incanto.

Il bando, giorni otto almeno prima della vendita, è notificato anche al debitore del censo, della rendita o del credito pubblicato, affisso e inserito a norma dei numeri 1, 2 e 3 e del capoverso dell'articolo 817.

Se sul prezzo determinato dal consiglio non siasi fatta offerta, non si può procedere alla vendita a prezzo minore senza nuova deliberazione dello stesso consiglio.

(*) Queste cose credo vere quando si tratta di *mobili*, rispetto ai quali il possesso dei terzi di buona fede vale titolo. Vedremo più avanti che debba decidersi rapporto alla vendita degli *immobili*.

Annotazioni.

Quella parte di diritto che l'articolo contiene, ha la sua sorgente nell'art. 296 della legge civile. La procedura vi aggiunge, *riconoscendo la necessità della vendita*, mentre quanto ai mobili per sè infruttiferi l'economia dell'amministrazione la consiglia (*).

Articolo 824.

Per la vendita dei bastimenti di mare, delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato e delle azioni industriali, dopo che la medesima sia stata debitamente autorizzata, si osservano le disposizioni degli articoli 582 e 639.

SEZIONE II.

Della vendita dei beni immobili.

Articolo 825.

Col decreto di omologazione che autorizza la vendita dei beni immobili del minore, il tribunale stabilisce le condizioni della vendita e nomina d'uffizio un perito, ordinando che sul prezzo determinato dalla perizia si apra l'incanto o davanti uno dei giudici o davanti il cancelliere del pretore del mandamento in cui sono situati i beni o davanti un notaio nominato con lo stesso decreto.

Se i beni da vendere siano situati in diverse giurisdizioni di tribunali civili o di preture, possono essere nominati per la stima due o più periti e per l'incanto due o più uffiziali.

Annotazioni.

1. *Se la vendita dei beni immobili dei minori possa seguire altrimenti che colle forme prescritte dalla presente Sezione.*

Precedenti storici. — I beni immobili dei minori non possono alienarsi senza decreto e con cognizione di causa (Leg. 4, 5, 6, 7, 8 Cod. de præd. et aliis reb.; Leg. 22, 24 Cod. de adm. tutor.). Ciò riguarda l'opportunità; difatti *se la vendita è necessaria*, non si ha più bisogno del decreto; il tutore è autorizzato dalla stessa necessità: non è più libero. Ma la necessità, di cui si parla, non è quella economica che nasce dalla situazione del patrimonio. « Ob æs « alienum, tantum causa cognita, præsidiali « decreto prædium rusticum minoris provin- « ciale (**) distrahi permittitur ». L'*utilità* del patrimonio così richiedere; ma *necessitas* era quella che nasceva da causa giuridica inevitabile; si era costretti a vendere l'immobile che si teneva *jure pignoris*; o era forza di venderlo *ex causa judicati* (Leg. 1 Cod. de prædiis et aliis rebus, ecc.). Il minore non poteva provocare la divisione, benchè le più sane regole dell'economia la consigliassero, e l'atto si aveva per *volontario*. Ma provocato esso stesso il minore a dividere, l'atto dal canto suo rivestiva la qualità di *necessario*; e il tutore per dividere non aveva più bisogno di decreto (Leg. 17 Cod. eod.). Tal altra fiata si trova che il padre del pupillo, erede, ha ordinata l'alienazione, e allora si considera necessaria (Leg. 3 quando decreto opus non est).

Simili distinzioni non furono ricevute nei Codici moderni; quella condizione di cose dev'essere riconosciuta dall'autorità nell'interesse del minore, quantunque, ove sia dimostrata, obblighi l'autorità stessa a consentire. Ma il fatto volontario cessa, e quindi le disposizioni

(*) Leg. 22, 24 ult. Cod. de adm. tutor.; Leg. ult. Cod. quando decreto opus non est; Leg 7 § 1, Leg. 56 Dig. de admin. et peric.; Leg. 3 Cod. de peric. tut.

(**) Il cui dominio diretto, secondo il gius quiritale, non apparteneva al suo proprietario.

del titolo che esaminiamo vanno del tutto fuori d'applicazione se la vendita ci è imposta dal creditore legittimo, e noi siamo costretti a subirla. Io credo che anche il giudizio di *purgazione ipotecaria* debba considerarsi *necessario*. È bensì vero che un elemento di spontaneità esiste in questo che il patrimonio del pupillo può o non può purgare il fondo dalle ipoteche: ma non si ha più facoltà quando il non fare una cosa ha per conseguenza un danno certo e irreparabile.

In tutti questi casi le forme attuali, create a benefizio del patrimonio pupillare, non hanno più vigore in presenza del diritto altrui che reclama l'applicazione delle norme comuni.

Del resto, semprechè l'alienazione sia volontaria, il rito speciale della vendita degli immobili dei minori nel sistema francese è imprescindibile. Ha detto MARCADÉ, « c'est « une vente qu'il s'agit; elle ne peut se faire « qu'en justice, avec les formes spéciales in- « diquées du Code de procédure » (*Résumé de titre des mineurs*, n° 17). Se questo è il volere del legislatore, può dubitarsi di soverchio zelo; le formalità troppo pesanti fanno anche perdere dei buoni affari; hanno l'inconveniente di renderli interminabili. Un proprietario limitrofo, invaghito della proprietà del minore, sulla quale ha dei progetti signorili, offre una grossa somma; quel prezzo chiamasi d'*affezione*, e più non ritorna. Bisogna vendere all'asta pubblica! Intanto il capriccio di quel signore intiepidisce; o si rivolge ad un altro fondo che gli sta a costa dall'altro lato, e a quello prodiga il suo danaro. Egli non è uomo da rompersi il capo in una gara d'incanto; si vende intanto l'immobile col rito privilegiato, e si raccoglie metà del prezzo che era stato offerto. Prudentissimo il legislatore italiano, ha dettato l'articolo 297. « Nell'an- « torizzare vendite d'immobili il Consiglio (di « famiglia) determinerà se esse debbano farsi « ai pubblici incanti, o per offerte private », migliorando nella forma e rendendo più generale la disposizione dell'articolo 334 del Codice civile albertino (*).

2. *Regolamento della vendita ordinata dal tribunale.*

Nella più grave bisogna della vendita d'immobili quelle facoltà direttive che sono affidate all'ufficiale procedente nella vendita dei mobili, sono trasportate nel tribunale.

Stabilire le condizioni della vendita, significa che il tribunale può apporre di tali che *non sarebbero ammesse* in tema di esecuzione forzata. La vendita è volontaria; la legge permette maggior libertà al venditore che fa un uso spontaneo della sua proprietà; e si occupa meno dell'interesse generale. Aggiungo (osservazione assai grave sulla quale avrò occasione di ritornare) che la vendita volontaria dell'immobile è ben lontana dal produrre tutti quegli effetti giuridici che sono inerenti alla vendita necessaria e forzosa. Quindi l'accollazione dei debiti ipotecarii esistenti; i modi con cui dovranno esercitarsi certe servitù attive; il rispetto che dovrà aversi ai diritti di servitù passive; certe particolari riserve di uso e godimento del proprietario alienante (supponiamo ch'egli continui ad essere proprietario di un podere o di un edifizio limitrofo), e via discorrendo, sono condizioni che niente vieta di apporre, purchè siano bene spiegate nell'atto che si porta alla cognizione degli offerenti cioè nel bando, che raffigura nel contratto la pagina obbligatoria del venditore.

Nel capoverso si parla di *giurisdizioni di tribunali*, ecc., ma soltanto per indicare i luoghi della vendita; la giurisdizione dei tribunali non vi è punto impegnata come nelle vendite forzose. Lo stesso *perito*, lo stesso *uffiziale* può sopperire a più vendite, non compiendo funzioni importanti giurisdizione. Il tribunale, per ciò che lo riguarda, fa atto di giurisdizione volontaria; nel decreto del tribunale è rappresentata la volontà della parte di cui il magistrato è, per così dire, la splendida personificazione.

3. *Del processo di omologazione.*

L'intervento del pubblico Ministero si ritiene sempre necessario. L'atto del Consiglio di famiglia si presenta al presidente, che con ordinanza appiedi della medesima ne ordina la comunicazione al pubblico Ministero, e delega un giudice per farne la relazione a giorno determinato in Camera di consiglio. La pronuncia della omologazione, ossia dell'approvazione dell'atto consigliare, è la dichiarazione fondamentale della sentenza, viene quindi la nomina del perito o dei periti, e la specifica zione delle condizioni della vendita. Non si notifica, ove non ci siano parti dissenzienti.

(*) Tale deliberazione non è meno soggetta alla omologazione del Tribunale (articolo 301 del Codice civile); il motivo è più forte in causa dello stesso modo eccezionale adottato dal Consiglio.

Articolo 826.

Il perito o i periti fanno la loro relazione giurata secondo le norme stabilite nel paragrafo IV, sezione IV, capo I, titolo IV del libro primo.

Il giuramento è prestato davanti il giudice o uffiziale delegato, contemporaneamente alla relazione e se ne fa risultare con un solo atto.

Annotazioni.

L'articolo 259 ordina la prestazione del giuramento *prima della operazione*. Il giuramento *anteriore crea nell'animo dei periti una predisposizione* a trattare le cose nel senso della più scrupolosa verità; il giuramento *posteriore* al fatto può essere suggerito dall'amor proprio; qui la legge si contenta del giuramento *contemporaneo*, alla presentazione della relazione: ossia dopo di essa. La relazione è *unica*, e formata secondo le norme dell'articolo 264. Tutte le altre regole del § 4 appartengono al metodo giudiziario.

Non è applicabile neppure la regola dell'articolo 253. Se l'immobile o gl'immobili giacciano in diversi distretti pretoriali o di tribunale, si possono nominare *due* o *più periti;* ma s'intende sempre non più di un perito per singolo distretto.

Articolo 827.

L'uffiziale incaricato della vendita l'annunzia con bando stampato, da pubblicarsi e affiggersi:

1° Nella città in cui è il tribunale che ha autorizzato la vendita, alla porta esterna della sede del tribunale medesimo, e a quella della casa comunale;

2° Alla porta esterna della sede del tribunale e della pretura nella cui giurisdizione sono situati i beni e alla porta della casa comunale del luogo in cui il minore ha il domicilio;

3° Alla porta dell'uffizio del notaio, se sia stato incaricato della vendita un notaio;

4° Nel mercato del comune in cui deve farsi l'incanto o del comune più vicino, se in quello non vi sia mercato;

5° Alla porta delle case e fabbriche da vendere.

Estratto sommario del bando deve inoltre inserirsi per due volte nel giornale degli annunzi giudiziari.

Le pubblicazioni, affissioni e inserzioni possono principiarsi trenta giorni prima di quello stabilito per la vendita e devono essere compiute almeno dieci giorni prima di essa. Se ne fa risultare nel modo indicato dall'articolo 669.

Articolo 828.

Il bando deve contenere:

1° L'indicazione del decreto che ha autorizzato la vendita:

2° La descrizione degli immobili posti in vendita a norma del numero 1 dell'articolo 666.

3° L'indicazione del prezzo stabilito dalla perizia e delle condizioni della vendita;

4° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza del minore e del tutore;

5° Il nome dell'uffiziale incaricato della vendita;

6° Il giorno, l'ora e il luogo della vendita.

Annotazioni.

1. All'epoca del progetto di riforma del Codice del 1807 (Pascalis, anno 1838) la formalità della perizia fu oggetto di forti discussioni; parve spesa superflua, non rare volte sproporzionata all'importanza della vendita; si domandò da molte parti la soppresione dell'antico art. 955. Gli obbietti si trovarono ragionevoli, onde nacque il nuovo articolo 955 del Codice di procedura francese. Il tribunale ricerca primieramente *l'avis des parents*, interroga i titoli di proprietà, i contratti d'affittanza, i libri dei carichi fondiarii; e ne prende norma a proporre il prezzo sul quale aprire l'incanto. Può anche ordinare la perizia, ma per sussidio, mancandogli dati sufficienti. Il nostro sistema è migliore. La vendita può farsi privatamente, secondo il citato articolo 297 del Codice civile; e qui casi senza numero nei quali non sarà d'uopo di perizia. Se la vendita si eseguisce per mezzo dell'asta pubblica, ciò mostra che l'oggetto è di grave momento: la perizia appaga la coscienza del magistrato o l'interesse degli oblatori; è sempre una base meglio definita. Ne segue che fra le proposte del bando, al n° 3 dell'articolo 820, si trova doversi indicare il *prezzo stabilito nella perizia*.

2. La compilazione del bando è opera dell'uffiziale incaricato della vendita, del cancelliere cioè o del notaio; oppur anche di uno dei giudici del tribunale per le vendite di maggior rilievo (articolo 825).

3. La vendita, qualunque sia l'uffiziale procedente, si adempie sempre sotto il presidio del tribunale; quindi ha luogo la nomina di un procuratore (causidico) della parte istante. Quando gli atti di vendita dovessero praticarsi avanti un tribunale altro da quello che la ordinava, ivi pure la parte istante dovrà eleggere procuratore.

Articolo 829.

L'incanto è aperto colla lettura del bando data dall'uffiziale incaricato della vendita.

Se non sia fatta offerta maggiore del prezzo indicato nel bando, l'uffiziale ne fa menzione nel processo verbale e trasmette questo in originale al tribunale che autorizzò la vendita.

Il tribunale può ordinare che l'incanto sia riaperto su prezzo minore, che stabilisce, assegnando un termine non minore di giorni venti, entro il quale la vendita dovrà aver luogo.

Autorizzato il nuovo incanto, il processo verbale è restituito all'uffiziale incaricato della vendita. Il nuovo incanto deve essere annunziato almeno otto giorni prima di quello stabilito per il medesimo, con altro bando che sarà pubblicato, affisso e inserito una volta sola a norma dell'articolo 827.

Annotazioni.

1. Secondo l'articolo 459 del Codice civile francese la vendita deve eseguirsi *in presenza del tutore surrogato* (protutore). Il nuovo articolo 962 della procedura francese, uscito cioè dalla riforma del 1841, quasi interpretando l'articolo 459 del Codice civile, dichiara che « le subrogé tuteur du mineur sera appelé à « la vente ainsi qu'il le prescrive l'article 459 « du Code civil », *con avvertimento* che sarà proceduto in sua presenza, o *anche in sua assenza*. L'idea si venne dunque modificando. All'incontro l'articolo 330 del Codice civile albertino ne faceva un precetto: « La vendita « seguirà all'asta pubblica *in presenza del pro-* « *tutore* ». Del tutore non parla, ma del suo intervento, più o meno necessario, attestavano gli articoli 985, n° 4, e 986 della procedura. Otto giorni almeno prima della vendita doveva il bando notificarsi al protutore per tutti gli effetti *dichiarati nell'articolo* 969. Il protutore che non si presentava all'asta o di persona, o per mezzo di speciale procuratore, sottostava *a tutte le spese cagionate dalla sua assenza;* ed occorrendo, *ai danni ed interessi verso il minore* (art. 982). La presenza del tutore sembrava meno interessante di quella del protutore: e si organava una specie di controllo da cui spirava somma diffidenza della condotta

del tutore. Quella legge degradante non è stata riprodotta nel Codice italiano.

2. *Della ostensione dei titoli di proprietà.*

L'articolo 956 (riformato) della procedura francese ordina: « *La minute de rapport sera « déposée au greffe du tribunal* ». E nell'articolo 957 questa condizione è viemmeglio dichiarata. « Les enchères seront ouvertes sur « un cahier des charges déposé par l'avoué « au greffe du tribnual, on dressé par le no- « taire commis, et déposé dans son étude, si « la vente doit avoir lieu devant notaire. Ce « cahier contiendra: 1° l'enonciation du juge- « ment qui a autorisé la vente; 2° *celle de ti- « tres qui établissent la propriété* ». Scrivendo io intorno ai Codici di procedura piemontesi, nella parte relativa del *Commentario al Codice sardo* (vol. 1, parte II, n° 285) mi permisi qualche censura sull'inqualificabile silenzio di quei Codici intorno alla indicazione e comunicazione dei documenti che i terzi dovrebbero necessariamente conoscere per aderire all'acquisto della proprietà del minore. Non so spiegarmi la riserva in cui si mantiene anche il nuovo Codice sopra questo punto. Eppure in fatto di vendita giudiziale l'*offerta della comunicazione dei titoli, mediante deposito in cancelleria*, è uno dei requisiti del bando venale (art. 665, n° 4). Il continuato silenzio dei nostri Codici è forse indizio di esclusione e di non volere? Io non posso a verun patto persuadermene. Non è tampoco prescritta la comunicazione della perizia, e questo è veramente troppo. O l'omissione è dimenticanza; ovvero si è creduto esser la cosa tanto ovvia e naturale, da non aver d'uopo di precetto legislativo. E così vogliamo ritenere; e supplendo, diciamo, che il decreto del tribunale, la perizia e i documenti della proprietà, titoli derivativi, certificato ipotecario, estratto di catasto, e quant'occorre alla completa cognizione degli acquirenti, saranno visibili in cancelleria o nello studio del notaro (se un notaro è incaricato della vendita) dal momento dell'affissione del bando.

Avverto di passaggio che la legge non indica quale autorità abbia a fissare il giorno in cui avrà luogo la vendita. È incarico dell'uffiziale redattore del bando; appartiene all'esecuzione. Indirettamente veniamo a conoscere che il termine della durata del bando *non può esser minore di trenta giorni* (art. 827, ultimo capoverso).

3. *Deserzione dell'incanto.*

L'articolo dice, *se non sia fatta offerta maggiore del prezzo indicato nel bando:* ma può anche non esservi offerta: mancare ogni concorso di oblatori, forse impedito dall'intemperie, da pericoli di briganti, da forza maggiore. Se questo caso si verificasse, l'incanto potrebbe rinnovarsi colla stessa proposta di prezzo. La *mancanza assoluta* che non avesse per causa un impedimento di forza maggiore, non potrebbe interpretarsi che prodotta da una proposta di prezzo troppo elevata. Anche in questo caso sarebbe applicabile il disposto del nostro articolo 829, capoverso 2°.

4. *Della proposta di prezzo del nuovo incanto.*

L'art. 963 del Codice di proced. franc. concede per la *diminuzione del prezzo* un lato arbitrio al tribunale, usando l'espressione: « Le « tribunal pourra ordonner, par simple requête « en Chambre de conseil, que les biens seront « adjugés *au dessous de l'estimation* ». Ossia *à tout prix*, insegnarono gl'interpreti, memori che il relatore alla Camera dei pari (nell'occasione della riforma) aveva dato come cosa positiva la facoltà che l'art. 963 attribuiva ai giudici, di permettere l'accettazione di qualunque offerta (PERSIL (fils), *Commentaire*, n° 548; PAIGNON, tom. II, n° 247; ROGRON, pag. 1086). Il nostro legislatore, sull'esempio del Codice sardo del 1859, ha studiata la propria espressione per far intendere che ciò non può stare. « Il tribunale può ordinare che l'incanto sia « riaperto su prezzo minore, *che stabilisce* » (capoverso 2° dell'art. 829). E con ragione. Abbiamo visto abbassarsi il prezzo di grado in grado per l'articolo 675; ma allora la vendita è *necessaria*.

5. *Del secondo incanto.*

Non occorre il dire che l'incanto è obbligatorio tosto che si presenti offerta superiore al prezzo (*); che non è più lecito il pentimento; che non si può rompere a mezzo l'operazione della vendita, nè rinviare gli offerenti ad altra udienza per cominciare da capo; che la buona fede dei contratti vi si oppone inesorabilmente. Di sopra io affermai lo stesso principio, per verità indiscutibile. Vi ritorno per avvisare che fu ritenuto altrimenti da qualche opinione autorevole nata sotto l'impero del Codice francese, che autorizza la protrazione dell'incanto *per cause gravi:* opinione respinta dal CHAUVEAU (quest. 2502 duodecies). *Ma lo stesso se-*

(*) Se l'offerta è *pari alla stima*, credo sia in facoltà dell'uffiziale, preside dell'incanto, accettare la offerta stessa *se maggiore di ogni altra*. Ma non crede averne l'offerente diritto, eccettochè il bando non lo dichiari, il che sarebbe per lo meno insolito.

Digitized by Google

condo incanto, ossia la rinnovazione dell'incanto, *non è obbligatoria:* la vendita può abbandonarsi o eseguirsi con altri mezzi.

Se non riesce neppure il secondo incanto, l'affare sembra arenato; il terreno legale non offre più traccia; non era così per quelle legislazioni più rilasciate che permettevano la vendita ad ogni costo. Ciò darà molto a riflettere al Consiglio di famiglia al quale dovrà riportarsi ogni ulteriore proposito, stante che il tribunale ha compito l'ufficio suo. È possibile che il prezzo proposto sia ancora sollevato, che le condizioni si trovino onerose o imbarazzanti, che si tema un soverchio cumulo d'ipoteche, e il compratore preveda dei pericoli. Ma non vi è mai prescrizione di modo o di tempo in atti volontarii. L'asta potrà ritentarsi o in migliorate circostanze commerciali, o con diverse condizioni; ma dovrà ricominciarsi la tela, e ritessere la procedura dal suo principio.

Articolo 830.

Per le spese della vendita si osservano le norme dell'articolo 684 in quanto siano applicabili, salvo che il tribunale abbia provveduto altrimenti col decreto d'omologazione.

Annotazioni

L'articolo 684 al quale siamo rinviati dispone che le spese della *sentenza di vendita*, della *tassa di registro* e della *trascrizione della sentenza*, sono a carico del compratore. Ma deve forse in fatto di vendita volontaria pronunziarsi una sentenza? L'art. 833 dice assolutamente di no; e ne tien luogo il *processo verbale*, che è il documento solenne della vendita stessa.

Vero è che l'articolo aggiunge una riserva e una limitazione: *in quanto quelle norme siano applicabili; e in quanto il tribunale non abbia provveduto altrimenti.*

La riserva ha tutta la ragione di essere in quella parte ove l'articolo 684 accenna ad una sentenza che qui non ha luogo. Ma il *processo verbale*, che è il titolo formale dell'acquisto, è soggetto alla tassa di registro ed alla trascrizione. Ebbene queste spese incombono per regola al compratore.

La vendita può esser *dichiarata nulla*, come vedremo più avanti, quindi possono aver luogo le restituzioni enunciate nel primo capoverso dell'art. 684.

È applicabile il terzo capoverso. « Le altre « spese ordinarie del giudizio sono anticipate « dal compratore, salvo il prelevarle sul prezzo « della vendita? » Certamente; o deve così intendersi nelle cose ordinarie. Nascendo contestazione, sono eziandio applicabili i due seguenti.

Ma il tribunale può aver *provveduto altrimenti*, caricando cioè le spese al venditore, forse per rendere più agevole il concorso e le offerte (*V.* le ANNOTAZIONI all'art. 831).

Articolo 831.

Per le vendite regolate in questa sezione devono osservarsi le disposizioni degli articoli 671, 672, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 692, 693 e 694, in quanto siano applicabili, sotto le modificazioni seguenti:

1° Le attribuzioni conferite dall'articolo 672 al presidente del tribunale spettano all'uffiziale incaricato della vendita;

2° Se l'uffiziale delegato sia un cancelliere di pretura o un notaio, spetta a lui di far seguire l'inserzione indicata nell'articolo 679 e di ricevere l'atto d'aumento di cui nell'articolo 680;

3° Se il compratore nei giorni venti dalla scadenza dei termini all'uopo stabiliti non giustifichi aver adempiuto gli obblighi portati dalla vendita, il tribunale che l'autorizzò ordina sull'istanza del tutore, citato il compratore, la rivendita dei beni a spese e rischio di esso compratore.

La rivendita è fatta sul prezzo stabilito dal tribunale nel termine che assegna nella sentenza, non minore di giorni venti, previa pubblicazione, affissione

e inserzione di nuovo bando da farsi una volta sola, otto giorni almeno prima di quello stabilito per la rivendita, in conformità dell'articolo 827.

Il bando deve pure notificarsi al compratore otto giorni prima di quello stabilito per la rivendita.

Annotazioni.

1. *Veduta generale dell'articolo* 831.

Astraendo dai fatti che rappresentano la iniziativa della vendita, regolati dalle leggi fra loro armonizzanti del Codice civile e della procedura che hanno riferimento affatto speciale all'interesse del minore, e posta una base valida all'alienazione, vi è un momento in cui dalla sfera dei privati consigli dei direttori del patrimonio, l'affare trapassa, per così esprimermi, alla luce esteriore, e si manifesta con un invito al pubblico. Il processo non si spoglia degli elementi caratteristici e proprii della sua natura, come verremo notando per via, ma era d'uopo collocare sotto le norme generali quelle parti di diritto rituale o sostanziale che statuiscono le guarentigie delle vendite giudiziali. Quindi i numerosi richiami che veggonsi nel primo periodo di questo articolo onde si impongono regole e conseguenze giuridiche per le quali ciò che dapprima fu volontario dal lato del minore, passa in necessario e, per rispetto alla buona fede dei terzi, subisce anche gli effetti di un cattivo consiglio o di una illusione (*).

2. (Articolo 671). *Differimento dell'incanto per caso inopinato o di forza maggiore.*

Fra *differimento* dell'incanto e *rinnovazione* dell'incanto il divario è palese; *si rinnova* l'incanto qualora la prima sua fase sia terminata, con o senza effetto. Tentato lo esperimento, e durato quel tempo che si conviene, se riesce, essendosi mostrate offerte superiori al prezzo proposto, vedremo quello che dovrà farsi; se non riesce, vale dire o non ci siano offerte, o non siano superiori al prezzo proposto nel bando venale, io ho messo avanti un mio convincimento, che possa ritenersi sufficientemente esaurito l'impegno in faccia al pubblico, e la proposta di vendita possa anche ritirarsi (nota n° 5, all'art. 829).

Quanto alla causa del differimento l'art. 671 si esprime in modo generico ma significativo: « quando l'incanto *sia ritardato da qualche* « *incidente* », cioè da fatto estraneo alla volontà del vendente; il che non esclude la facoltà di trasportare l'udienza *per ragionevole causa* (**), prima che abbia luogo l'udienza, ma aperto l'incanto, non può più interrompersi. Incanto *ritardato* è incanto *non seguito;* bisogna nondimeno rifare tutto l'apparecchio della pubblicità giusta le norme dell'art. 671; ma otto giorni devono bastare fra il compimento di quella e l'udienza nuova. In questo la vendita volontaria e la necessaria si pareggiano. Se l'incanto invece è *deserto*, variano le conseguenze; e nel secondo caso, di vendita cioè necessaria e forzata, l'effetto è quello stabilito dall'articolo 675, che non è fra i richiamati dal nostro articolo 831 (***).

3. *Dell'aumento del sesto.*

Il tribunale non fa che dichiarare la base del prezzo proponibile ai compratori: il tribunale non vuole, nè può, privare il minore dei vantaggi che promette una riprova stanziata dalla legge per ogni maniera di vendita giudiziale. Giunte le cose a questo punto, non è più in facoltà del Consiglio di famiglia l'arrestarsi; non può abbandonare l'operazione, la quale senza il nuovo esperimento rimane incompleta: la vendita fatta, essenzialmente condizionale, non può mutarsi in definitiva; la nullità sarebbe evidente.

La legge dell'*aumento del sesto* ha il suo lato favorevole al compratore. Le offerte eziandio superiori alla sua non approdano, se non giungano al sesto di più. Le offerte tardive, le offerte eccitate da nuove pubblicazioni, non hanno quel valore che avrebbero se contemporanee e nel giro del primo incanto. Il primo compratore non ha acquistata definitivamente la proprietà, ma ha acquistata una posizione utile per conseguirla. È una legge sapiente e giusta che si è voluto tener ferma. Ma ora ci si presenta una variazione di grande importanza.

In fatto di vendita forzosa chi offre il sesto di più non è ancora il compratore definitivo (art. 681); anzi non si considera neppur compratore; l'aumento del sesto è proposto fuori del-

(*) Se la proposta fosse stata erroneamente formata in guisa che il prezzo fosse troppo inferiore al giusto, la buona fede della vendita pubblica la porrebbe al sicuro da ogni attacco, malgrado il favore della minorità. La disposizione dell'articolo 1296, capoverso, del Codice civile, è generale.

(**) Altrimenti si potrebbe esporre a qualche emenda: per esempio se uno avesse fatto un viaggio per accedere all'asta e incontrate delle spese.

(***) Il creditore che ha fatta la prima offerta acquista il fondo *per il prezzo portato dal bando*, ecc.

l'asta pubblica; ed è piuttosto la condizione onde aprire un secondo incanto sopra un dato di prezzo così notabilmente accresciuto. È noto che chi ha fatto l'aumento non diventa compratore che nell'evento di non essere soverchiato da un'altra offerta che avanzi la sua (art. 682). Ma il testo dell'art. 831 limita il suo richiamo all'articolo 680. *Adunque il secondo incanto non ha luogo.* Io sento un dubbio, che tale determinazione della legge non sia stata bene considerata. Il minore che deve per giustizia sottostare alla regola comune che non permette di trar vantaggio da un'offerta che non agguagli un sesto di più, è così privato di quel maggiore vantaggio che si può sperare dal pubblico concorso, e che infine è il criterio economico che fa preferire questo modo di alienazione ad ogni altro. Parmi anche non essersi posto mente, che sono state bensì adottate le disposizioni degli art. 679 e 680, ma non si è adottato il sistema. Il sistema così rimane incompleto e, direi, monco. Vengo dall'osservare che l'aumento del sesto nel processo ordinario *non è che una condizione per rinnovare l'incanto.* E qui chiude il processo di vendita, benchè, secondo l'art. 680, sia atto unilaterale, che *si fa avanti il cancelliere*, e che questi *presenta di poi al presidente nei tre giorni successivi*; sul quale atto il presidente scrive il giorno dell'udienza del nuovo incanto. Quest'ultima parte dell'operazione è tagliata via dall'articolo 831, che non fa, come si disse, il menomo appello all'articolo 681. Eccoci pertanto in una strana condizione di cose. Tanto più strana, che si trova bene della difficoltà per coordinare a tutto questo il disposto dell'articolo 833, non vedendosi in qual modo applicare la sua lettera, *che il processo verbale della vendita all'incanto vale titolo traslativo della proprietà.*

Insomma chi ha fatto in cancelleria (*), senza ulterior gara e fuori del pubblico concorso, l'aumento del sesto, diventa il compratore definitivo; salvochè il primo compratore cautelandosi da questa specie d'insidia, non faccia pure nella stessa guisa un'offerta, che se per caso si troverà maggiore, gli sarà profittevole.

Se le due offerte fossero pari, sarà forse preferibile quella del compratore? Ciò non trovo scritto. Io mantengo ciò che dissi trattando dell'articolo 680, e che del resto è nella parola della legge, preferirsi l'offerta del più diligente.

Ma io credo che in questo caso il processo verbale dovrà farsi in cospetto del tribunale, che riconoscerà la legittimità della maggiore offerta, alla quale il cancelliere col semplice ricevimento dell'atto non avrebbe potuto dare sanzione.

4. *Della rivendita.*

Il richiamo dell'articolo 692 e dei due seguenti ci conduce a questo esame.

Io deploro che sia stata aperta al patrimonio del minore questa prospettiva di liti, quando ogni pericolo avrebbe potuto evitarsene obbligando il compratore a depositare immediatamente il prezzo, che è sempre la principale obbligazione della vendita; e non so capacitarmi come il compratore debba godere *di un ulterior termine di venti giorni per giustificare di aver adempito* alle sue obbligazioni.

a) Da qual punto decorrono i venti giorni? Quali sono i termini *all'uopo stabiliti*, dopo i quali l'ulterior termine comincia?

b) Nel successivo capoverso abbiamo un altro viluppo di termini. Vediamo di chiarirli.

Riassumiamo il processo un po' indietro. Si è fatto l'incanto, e vi è stato un compratore, uno cioè che ha offerto di più della stima. Siccome può aver luogo l'esperimento di sesta (come dicesi in alcune pratiche) così quel compratore condizionale non ha degli obblighi da adempiere, ma sta aspettando. Supponiamo che l'aumento del sesto non si faccia. Il primo oblatore diventa compratore definitivo. Ma ciò non si verifica che spirati i *quindici giorni* indicati nell'articolo 680.

L'editto di vendita poteva contenere o non contenere un termine *per l'adempimento della condizione della vendita*, cioè del pagamento del prezzo principalmente. Se vi è termine, questo termine, che diremo contrattuale, non comincierà a decorrere che dopo i quindici giorni prescritti dall'art. 680, dato sempre che si abbia cura di notificare al compratore che l'esperimento di sesta è andato deserto. E non sarà che decorso il termine contrattuale, se c'è, che comincieranno a decorrere i venti giorni di comodo, o termine di mora, che assegna il nostro articolo 831.

Supponiamo invece che un Tizio qualunque abbia fatto l'aumento del sesto nel tempo e modo presignato dall'art. 680. Egli è il compratore. Ho detto che la sua offerta dovrà essere riconosciuta dal tribunale. Il tribunale potrà anche assegnargli un termine a pagare.

(*) Ovvero nello studio del notaio, secondo il n° 2° dell'articolo 831.

Ebbene, scorso il termine del giudice, comincierà quello della legge; cominceranno cioè a decorrere i venti giorni che sono dati a purgare la mora, nel giro dei quali il pagamento dev'essere eseguito in mano al tutore.

Tutto questo tempo anche decorso, il tutore fa quella istanza che nel testo è dichiarata.

Il tribunale ordina la nuova vendita, fissa il giorno dell'udienza sempre al di là dei venti giorni, e d'ordinario sarà un mese. Ma otto giorni prima dell'incanto le formalità della pubblicazione devono esser compite, e il bando notificato al compratore.

c) La *forma del bando* sarà quella dell'articolo 828 colle necessarie modificazioni.

Il modo delle pubblicazioni seguirà il dettamento dell'articolo 827; se non che basterà una sola inserzione nel *giornale degli annunzi giudiziarii.*

d) *La rivendita*, dice il testo, *è fatta sul prezzo stabilito dal tribunale.* E qui non è facile l'intenderci. Nell'art. 689, che sarebbe normale in fatto di *rivendita* o *reincanto*, come dicevasi, questo doveva riaprirsi *sulla misura del prezzo della vendita precedente.* Ed è più che giusto. Difatti o il tribunale permette la nuova vendita *sopra una base di prezzo minore*, pregiudica le ragioni del pupillo, che ha tutto il diritto di riavere lo stesso prezzo che è stato obbligatoriamente offerto; o vi appone un prezzo maggiore, offende la ragione del compratore moroso, di cui non deve aggravarsi l'obbligazione. È dunque mestieri interpretar questa legge nel senso che il tribunale ordinerà la enunciazione *edittale* del *prezzo esibito e non pagato*, come punto di partenza del nuovo incanto: e non avrà facoltà di variarne la misura.

e) Questione *se giustificando il compratore prima del nuovo incanto l'adempimento delle sue obbligazioni*, e aggiungendovi le spese, possa redimersi: ossia se l'art. 691 sia applicabile, sebbene non abbia avuto l'onore di un ricordo nel presente. Non vi è ragione, secondo me, per risolvere altrimenti.

f) Abbiamo un espresso rinvio agli articoli 692, 693, 694, che ci valgono a conferma della proposizione testè accennata sul rapporto del prezzo. Se non che la *forma di procedere* è temperata dalle norme speciali del presente Capitolo.

Si ripete pertanto tutto il processo; seconda edizione del precedente sul tipo particolare che siamo venuti fin qui descrivendo. È possibile una terza edizione e anche una quarta, se hanno valore le ponderose avvertenze che abbiamo fatte sull'articolo 689, non trovandosi mai innalzata nella legge quella diga che dovrebbe impedire le nuove deficienze degli aggiudicatarii, e le nuove rivendite.

g) Ultima osservazione, e non indifferente, sull'articolo 694, al quale pure ci riportiamo. Nello strano supposto che siasi venduto il fondo senza ritirare il prezzo per il corso di anni tre, quantunque si dovesse pagar subito, il procedimento che andrà ad istituirsi contro il compratore, *sarà condotto colle norme generali delle esecuzioni immobiliari*, o *avranno anche luogo quelle speciali alle vendite dei beni dei minori?*

Rispondo: colle norme generali e comuni. Il possesso di tre anni ha costituito al compratore la posizione di proprietario definitivo, e deve trattarsi come ogni altro debitore colpito da esecuzione sui proprii beni. Inoltre il patrimonio del minore in quel caso fa una vera esecuzione, e quindi procede alla vendita forzosa; l'elemento volontario, riguardo al quale alcune speciali norme di procedere sono create, più non esiste.

Articolo 832.

Il processo verbale di rivendita, oltre le indicazioni prescritte nell'articolo 822, deve contenere una distinta menzione di quanto siasi operato in adempimento delle disposizioni precedenti.

Il processo verbale è sottoscritto a norma dell'articolo 822. Se la rivendita sia seguita davanti un giudice, il processo verbale è sottoscritto anche dal cancelliere che vi ha assistito.

Articolo 833.

Il processo verbale della vendita all'incanto vale titolo traslativo della proprietà e produce l'effetto di vendita volontaria tra maggiori di età.

Digitized by Google

Annotazioni.

Questo dettato è eminentemente logico. Che si è mai fatto dal principio al fine? Un contratto. Il tribunale è intervenuto, *esercitando un atto di giurisdizione volontaria*. Le deliberazioni del Consiglio di famiglia, l'adesione del tutore, il decreto del magistrato, sono altrettanti elementi o fattori, se crediamo dir meglio, che costituiscono un atto della volontà che si attribuisce allo stesso minore in modo obbligatorio. È osservabile che il tribunale non solamente *autorizza*, ma *omologa* (*): tutto questo insieme non è altro che il consenso legittimo prestato dal minore alla vendita. Nelle vendite forzose che si fanno all'asta pubblica, il tribunale pronunzia una sentenza, perchè è lo stesso tribunale che vende, o così concorre nell'atto di vendita proclamandone gli effetti: le sentenze sono il linguaggio dei tribunali. Qui non si richiede che il concorso del tutore e un processo verbale.

Perciò le condizioni e le modalità della vendita sono o possono esser tante quante sono quelle che si stipulano in una convenzione. È raro che si autorizzi la vendita di fondi scevri d'ipoteche; per lo più si tratta di fondi imbarazzati da debiti che non si possono pagare. Vi sono sempre delle accollazioni. Ma in tutto l'acquirente è col venditore in quel rapporto nel quale si trova ogni altro compratore a titolo privato. Dalla subasta egli non trae veruno di quei vantaggi che si ammettono al deliberamento necessario; non si opera *de jure* purgazione ipotecaria, non diventano esigibili i crediti iscritti, non si procede a graduatoria. Ma il compratore non ne risente neppure gli incomodi e le difficoltà. La sua azione d'indennità verso il venditore in caso di evizione, il suo diritto di rivalsa, è immediato a termini di ragione; e il venditore di rincontro mantiene le azioni *empti venditi* contro di lui, e le esercita direttamente per obbligarlo in ogni tempo alla esecuzione delle sue obbligazioni. Insomma *il metodo dei pubblici incanti è il mezzo per migliorare il prezzo*, e niente più: ma le parti contraenti si trovano sempre in presenza, e sotto il velo delle formalità si mutuano i consensi.

Perciò l'acquirente *non ha d'ordinario qualità di terzo*, come il compratore in fatto di vendita necessaria: e non può già dire, mi libero depositando il prezzo, qualunque sia il gravame ipotecario che pesa sul fondo (**). Come non avverrà che si voglia pagare un fondo sino a pareggiare il cumulo d'ipoteche che ne sopravanzano notabilmente il valore reale, quindi l'amministrazione del minore, se la sua condizione di diritto lo comporti, si appiglierà piuttosto al benefizio della purgazione.

Articolo 834.

Quando si tratti di beni immobili di minori emancipati, la domanda per la vendita, e gli atti relativi si fanno dal minore assistito dal suo curatore, e sono indicati nel bando anche il nome e cognome, il domicilio, o la residenza del curatore.

Articolo 835.

Quando si tratti di beni immobili comuni a minori e a maggiori di età, e la vendita sia richiesta dai maggiori, vi si procede nella conformità stabilita nel capo IV, titolo VII di questo libro.

(*) « Le juge qui *homologue* l'acte *dit*, en effet, *la* « *même chose que cet acte* »: è il senso del greco vocabolo, che abbiamo fatto nostro (Nota di Gabaré).

(**) Osservò in questo proposito Boitard: « Les hypothèques subsistent donc après l'adjudication de « l'immeuble du mineur. Aussi, que devra faire l'ad- « judicataire? Il sera obligé, pour purger les hypothè- « ques dont l'immeuble est gravé, de remplir les for- « malités des articles 2183 et suiv. du Code Napoléon. « Quel est le but de ces formalités? d'avertir les cré- « anciers inscrits de l'aliénation de l'immeuble gravé « des leurs hypothèques, et si la somme que le nouvel « acquéreur s'engage à leur payer ne leur parait assez « élevée, de leur donner la faculté de faire remettre « l'immeuble aux enchères moyennant une surenchère « d'un dixième ». Con questa teoria si viene a dichiarare che l'acquirente non è *sempre debitore personale*, ma può diportarsi come un terzo di fronte ai creditori ipotecarii. Questo accadrà difficilmente. Egli avrebbe comprato per gli altri, dacchè dovrebbe riportare il fondo all'asta per liberarsi dai debiti ipotecarii. Nondimeno può accadere, ove, comprando per un dato prezzo, avesse dichiarato di non assumere il pagamento dei debiti che sino alla concorrente di esso.

Annotazioni.

Bisogna risalire all'articolo 296 del Codice civile. « Il tutore, senza l'autorizzazione del « Consiglio di famiglia, non può... *procedere a « divisioni e provocarle giudizialmente.*

Per quanto la divisione possa essere di diritto, giustamente avvisò la legge che il tutore non avrebbe potuto di suo capo provocare una divisione, e neppure accettare il conflitto a cui fosse chiamato dai comproprietarii. Vi è sempre una questione di fatto che precede. Si tratta di una divisione? Non potrebbe mascherarsi con quel nome una pretesa diversa? La divisione stessa non è sempre di diritto (articolo 984 del Codice civile, capoverso). L'articolo 835 della procedura non deroga a questi principii. Non ha altro scopo che di mostrare, le forme di questa Sezione non essere applicabili in materia di divisione; nè difatti saprebbesi come applicarle, perchè non è quella una vendita, ma una delimitazione, una determinazione della proprietà comune.

Ma talvolta è necessario discendere alle licitazioni, alle vendite per effettuare una divisione, altrimenti impossibile. E allora si trova un articolo (886) che ci rinvia precisamente alle forme della presente Sezione, che è cosa notevole, mentre l'articolo 835 sembra allontanarcene.

Questo stato di cose può essere una conseguenza necessaria di una divisione necessaria, ed è a vedersi se il tutore che a questa fu autorizzato dal Consiglio di famiglia, *lo sia implicitamente per la vendita.* Io non converrei. Si ammette la divisione; ma non si ammette con un giudizio preventivo che il modo di effettuarla sia la vendita. La divisione può essere ed è per se stessa cosa innocua, e suole giovare a tutti gli interessati: la vendita può tornare in grave danno del patrimonio, e merita uno studio a parte: l'una cosa insomma non inchiude l'altra.

Rispetto alle forme il citato art. 886, come vedremo a suo luogo, ha creduto di adottar quelle che furono scritte per i minori, sebbene l'affare si agiti fra maggiori; vedremo con quali modificazioni.

—

Questioni di nullità. — 1. In tutta questa serie di disposizioni imperative non s'incontra sanzione espressa di nullità per la loro inosservanza. Niuna ne contiene il Codice civile. Ciò fu avvertito nei dibattimenti anteriori al Codice di procedura francese. L'eccezione di nullità, si disse, suppone un processo contraddittorio, un concorso ostile, una lotta d'interessi opposti. « Il n'est pas de même « quand il s'agit de ventes d'immeubles de « mineur faites volontairement; il n'y a pas « là d'adversaire, et quand les formalités n'ont « pas été remplies, *le mineur a été incapable « d'aliéner, et la vente peut être déclarée nulle.* « C'est à l'adjudicataire d'examiner, avant « d'acquérir, si tout est en règle. Cependant, « dans l'intérêt même des mineurs, il y aurait « une excéssive rigueur à l'attacher d'avance « à l'instruction du telle ou telle formalité « une nullité que, dans ce cas, les tribunaux « ne prononcent jamais qu'en considérant « l'ensemble de la poursuite ». Con questo motivo, così chiaramente esposto, la redazione giustificava la sua astensione e il suo silenzio.

L'articolo 1406 del Codice civile albertino stanziava in generale: « Quando si sono osser« vate le formalità richieste riguardo ai mi« nori o agli interdetti, tanto nelle alienazioni « degli immobili, quanto nelle divisioni delle « eredità, *sono i medesimi considerati*, relati« vamente a quegli atti, *come gli avessero fatti « dopo la maggior età, o prima della interdi« zione* ». L'art. 1304 del Codice civile italiano vi corrisponde perfettamente. Il n° 3 dell'articolo 1303 mette il dito sulla nullità, e dice: « Nelle obbligazioni *dei minori l'azione di nul« lità è ammessa... allorchè non sono osservate « le formalità stabilite per alcuni atti con spe« ciali disposizioni di legge.* ».

Da un enunciato sì generale risulterebbe che *tutte le formalità* prescritte devono osservarsi *a pena di nullità.* Ciò sarebbe troppo; ciò oltrepassa, a mio senso, l'intenzione del legislatore. La regola superiore della sostanzialità o accidentalità delle forme è incancellabile. Ma sarebbe indagine da farsi nell'atto pratico. Riteniamo intanto il principio.

Si scorge di leggieri perchè la procedura esecutiva che favorisce l'operazione del minore non contenga sanzione di nullità. Si è detto bene: il minore va solo per la sua strada, non ha avversarii da combattere: l'antagonismo, l'impegno avversativo non comincia, e non può cominciare se non quando i *rapporti di compratore e venditore* sono già nati (*). Da quel punto l'*abito dell'azione di nullità*,

(*) Se le irregolarità che si manifestano nel corso del processo sono tali che le garanzie stesse dell'interesse del minore si veggano compromesse, il processo potrà regolarizzarsi, riassumersi, rifarsi nelle parti vi-

per così esprimermi, si crea al minore: l'esercizio di essa diventa possibile stando di fronte un contraente che ha un interesse opposto.

È dunque dal lato del compratore il più forte interesse della regolarità. Ma egli è nella singolare posizione di non potere giammai opporre l'irregolarità; non prima della compra, perchè non è ancora compratore; non dopo, perchè eziandio convenuta non potrebbe affacciare l'eccezione dacchè non gli compete l'azione (articolo 1302 del Codice civile).

Il compratore adunque sarebbe ignudo di ogni mezzo d'azione, vuoi rescissoria, o di nullità. Non gli competerebbe la rescissoria per causa di lesione (articolo 1536); nè l'azione di nullità per le cose dette. È perciò il più salutare degli avvertimenti, quello che si dà al compratore, di bene studiare la regolarità del processo: la condizione però non è nuova, ma è quella che la giurisprudenza di tutti i tempi ha riconosciuta nei contratti che l'uomo di suo diritto stringe con chi non lo è, e gode di una protezione, che non può estendersi agli altri contraenti.

2. Se prima di pagare il prezzo, ma dopo l'offerta obbligatoria, il compratore venisse in cognizione che il processo ha dei vizi che potrebbero anche annullarlo, avrebb'egli diritto di trattenersi il prezzo quasi per lo pericolo di evizione?

Si cita una decisione della Corte di Agen (10 gennaio 1810), che stabilì potere il compratore differire il pagamento del prezzo sino all'accurata ispezione di tutti gli atti; della quale giurisprudenza sarebbe conseguente necessario, che trovandosi gli atti irregolari, si potrebbe anche recedere dall'acquisto. Confermano questa dottrina PAIGNON, tom. II, n° 254, PERSIL (fils), *Commentaire*, n° 556.

Questa giurisprudenza non è stata ricevuta e non ha ragione di esserlo. Altre decisioni difatti nacquero in diversi tempi in senso contrario. L'oblatore era pienamente nel suo diritto di esaminar gli atti prima di proporre l'offerta; niuno lo costringeva all'acquisto. Vi è di più. Allegando un pericolo d'evizione l'aggiudicatario non sarebbe ascoltato (*); non sarebbe ascoltato qualora si producesse in via di azione, non trattandosi di vizi latenti, ma di tali ch'egli avrebbe sempre il torto di non aver verificati.

TITOLO VI.

DELL' INTERDIZIONE E DELL' INABILITAZIONE

Articolo 836.

La domanda d'interdizione o d'inabilitazione è fatta con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona, contro la quale è proposta.

Nel ricorso devono essere esposti in articoli i fatti sui quali si fonda la domanda e indicarsi i testimoni informati.

Se vi siano documenti giustificativi si uniscono al ricorso.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

1. **Introduzione.** — L'*interdizione* è lo stato negativo di un maggiore di età, o di un minore emancipato (articolo 324 del Codice civile): la parola suona *privazione* di un diritto che si possiede: dei prezioso diritto della personalità civile. Il minore di età non è *interdetto*

ziose, per atto del Consiglio di famiglia o previdenza del tutore che, anche non autorizzato, farebbe *rem utilem*, fintantochè il fondo non fosse deliberato.

(*) Perchè gli si direbbe: chi ti sforza ad acquistare?

perchè non è privato di ciò che non ha potuto ancora conseguire, ma che è in via di conseguire crescendo gli anni.

La minore età n'è condizione naturale: quindi la legge ha preparato d'avanzo i suoi presidii tutelari; figlio, ha raffermata l'autorità di natura moderandone l'abuso; orfano, lo ha dato in guardia ai congiunti più prossimi, ma tenendo con mano robusta il freno, perchè sa che nullo amore agguaglia l'amor paterno. L'organo della legge non aveva nulla da pronunziare per determinare questo stato della persona: solo doveva contribuire alla sua incolumità e benessere. L'interdizione invece non comincia ad esser un presidio e una difesa, se non dopo essere stata una restrizione della libertà personale. La condizione dell'interdetto è anormale; ha le sue cause nel disordine fisico o morale; il magistrato deve pronunziarla. Da quel momento l'interdetto ricade nella tutela; ne gode tutti i benefizi colla infelicità per soprammercato.

Le legislazioni moderne hanno adottata una gradazione sconosciuta agli antichi. O la infermità della mente si manifesta come assoluta: allora è l'ecclissi totale della ragione. Ovvero in condizione soltanto d'imperfezione e di debolezza; in tal caso la legge è venuta temperando i suoi rigori. Perciò dopo l'*interdizione* vi è l'*inabilitazione* (articoli 339 e seg. del Codice civile), che è una interdizione parziale, e solo per gli atti più importanti della vita civile.

Io non debbo entrare nell'esame dei motivi che hanno consigliato questo sistema, rapporto al prodigo specialmente: possono vedersi nella magnifica Relazione del ministro VACCA premessa al Codice civile (*). La prodigalità eccessiva e maniaca è la distruzione della famiglia, la indigenza dei figli, l'obbrobrio della vita, il suicidio. La legge riassumendo i doveri della società civile nella sua formola, doveva reprimerla ponendovi un limite. Incontrare il giusto limite di là dal quale si viola la proprietà nell'assoluta disponibilità, che è il suo carattere, non è cosa facile; ma era d'uopo lasciare tutto questo spazio in dominio del fatto e del criterio pratico. La *inabilitazione* del prodigo è una transazione fra l'autorità e la libertà; io la rispetto perchè credo che si finisca coll'esagerare o l'una o l'altra, facendo del prodigo un demente, o un uomo savio e un cittadino onesto.

2. « L'interdizione può essere promossa da « qualsiasi congiunto o dal coniuge e dal pub- « blico Ministero » (articolo 326 del Codice civile), i quali possono egualmente promuovere la inabilitazione (articolo 339, capoverso).

3. *Del tribunale competente, se quello del domicilio, o piuttosto quello della residenza quando sia conosciuta.*

Il tribunale competente non sarebbe in primo luogo *quello della residenza*, benchè la legge non parli che del *tribunale del domicilio?* Più volte ci si presenta nel Codice questo modo di esprimersi che diremo compendioso, e altro non significa fuorchè *actor sequitur forum rei*, trattandosi di azione personale. Per altro la regola che determina nella *residenza*, o dimora abituale, il primo nucleo della competenza territoriale non può variare, costituendo uno dei fondamentali principii della libertà civile (**).

L'art. 890 del Codice di procedura francese non dichiara a qual tribunale debba presentarsi il ricorso, e se ne ha cagione di disputare. Il DEMIAU-CROUZILHAC, interpretando il silenzio della legge, dice che si è lasciato con ciò la scelta all'attore fra il *tribunale del domicilio* e il *tribunale della residenza*, secondo le prove potranno raccogliersi più proficue nell'uno o nell'altro luogo. Questa soluzione, benchè appoggiata da un'antica sentenza della Corte di Bordeaux (20 germinale, anno XIII), è arbitraria. Sembra quindi migliore l'altra soluzione che decide a favore del tribunale del domicilio, avendo, se non altro, il pregio dell'unicità; ed è la più ricevuta.

Si dirà forse: non è questa della giurisprudenza francese un'autorità rispettabile, che dovrebbe farci preferire il tribunale del domicilio a quello della residenza, tanto più che ne abbiamo nel nostro articolo la significazione espressa? Risalendo ai principii del diritto citatorio quali sono posti nel Codice di procedura francese, troveremo la conferma del nostro assunto.

L'articolo 59 di quel Codice scrive così: « En matière personnelle le défendeur sera « assigné *devant le tribunal de son domicile;* « *si n'a pas de domicile, devant le tribunal de* « *sa résidence* ». La residenza in quel testo fondamentale suona *dimora;* per noi invece la *residenza* è il luogo dell'abitazione consueta ed abituale; il domicilio è il luogo ove si ritiene la maggior parte dei beni, e può non

(*) L'illustre uomo ci fa dolli delle divisioni nate nel seno delle Commissioni fra quel sistema antichissimo che mette il prodigo al livello puro e semplice del matto e del furioso, e quello dei liberali *ultra* che lo vorrebbero sciolto da ogni freno e lasciato *correre* al suo fine disperato per non offendere la sua libertà.

(**) Il diritto di esser giudicato da' suoi giudici naturali.

contenere l'abitazione; la dimora è la degenza momentanea ed accidentale. Con siffatte relazioni è graduata la competenza territoriale. È un concetto progressivo, adeguato al rapporto più o meno intimo che ha la persona col territorio, *onde il giudice si viene quasi avvicinando alla persona stessa*, e prende perciò il nome di giudice naturale. È un concetto più raffinato che sfuggiva ai legislatori francesi, e quella dottrina è ben ragionevole nell'anteporre in così grave affare, qual è quello della interdizione, *il giudice del domicilio a quello della dimora.*

Io mi confermo pertanto che il nostro articolo 836, con un laconismo che si trova spesso usato in queste estreme pagine del Codice, perchè si crede che nelle regole generali già stabilite si avrà la spiegazione di ogni dubbio, io mi confermo, dissi, che l'articolo 836 non ha voluto dettare con proposito una regola diversa da quella che è posta nei combinati articoli 90 e 139. Consultandone lo spirito, non si potrebbe ritenere altrimenti. Se dalla ragione che statuisce il diritto del convenuto si passa a quella d'opportunità, all'interesse medesimo della giustizia, l'informazione della causa non potrà meglio attingersi che nel luogo ove il preteso demente o prodigo si vede più spesso, ov'è più conosciuto, ove si possono meglio sorprendere le azioni della sua vita e le sue abitudini.

Il ricorso per via d'istanza o petizione semplice si dirige al presidente coll'organo della cancelleria (art. 779).

4. *Se vi sono documenti giustificativi*, perchè la primaria e indispensabil prova è quella dei *testimonii informati*. La materia del loro futuro esame, ch'è la storia delle aberrazioni dell'interdicendo, è formolata e dedotta in fatti specifici e nelle più minute circostanze: solo mezzo per guadagnare la convinzione. I contratti, gli atti e le operazioni del prodigo saranno invece le prove più convincenti a suo carico.

5. *Se il giudizio formolato in questa Sezione sia sempre necessario.*

Sentiamo il CARRÈ. « Mais dans le cas où le « Ministère public poursuit d'office l'Inter- « diction d'un furieux, conformément à l'ar- « ticle 491 du Code civil, nous pensons que « cette règle de compétence peut cesser de « recevoir son application, attendu qu'il s'agit « d'une mesure de police, et qu'il est du prin- « cipe que le tribunal du lieu où un délit a été « commis est compétent pour juger » (art. 890, quest. 2013).

Questa proposizione è stata criticata, perchè si è detto, non trattasi di un delitto commesso. Io credo che CARRÈ non abbia addotto questo argomento che per avvalorare il suo discorso, ma il pensiero sia solo questo: che il pubblico Ministero agisce o può agire verso un furioso con misure di polizia. La presente istituzione, vista dal suo lato giudiziario, suppone un uomo al quale rimanga ancor tanto della sua ragione da poter comprendere l'idea di giudizio, di magistrati, di diritti e di difesa; molte volte lo sventurato non saprà nulla di ciò che si opera intorno a lui, e sopra di lui, ma il processo deve farsi. Lo chiameremo allora processo anzichè giudizio, che non si pronunzia che fra esseri intelligenti; e tanto sarebbe proferirlo contro un demente quanto contro un morto. Ma noi vediamo contenere questo istituto due caratteri differenti; *è un giudizio*, o *semplicemente un processo di verificazione.* Se l'interdizione è provocata per vizio di mente, se la domanda è fondata, non avremo che una persona incapace di difendersi; e, se mi fosse lecito dir così dove non si ha altro scopo che di giovare, non avremo che una vittima. La *misura di polizia*, secondo la espressione di CARRÈ, di sovente avrà preceduta la interposizione del magistrato civile; il furioso sarà già in luogo di custodia. Ma la libertà dell'uomo è sì preziosa, sì gravi le conseguenze di una interdizione, tanto ancora il pericolo d'illudersi, così necessario il toglier di mezzo tutto ciò che vi ha di arbitrario e di violento in una determinazione di questa natura, che sin dove sia possibile, devono percorrersi in ogni caso le norme giudiziarie prescritte in questo Capitolo. Il tribunale può egli stesso ordinare la custodia del demente, senza pregiudizio del successivo esame; a tanto si estende l'ampiezza di quella parola *provvede*, che è scritta nell'ultimo capoverso dell'articolo.

6. *Colla morte del supposto demente cessa il giudizio.* L'interdizione è *stato personale* Ciò non toglie agli eredi che hanno interesse, di fare annullar gli atti che fossero stati acconsentiti in quel tempo *in cui già sussisteva la causa dell'interdizione* (articolo 336 del Codice civile), di promuovere azioni di nullità, caricandosi della prova che pel citato articolo è necessaria. Tutto questo alla condizione che il giudizio d'interdizione sia stato promosso vivente l'autore di questi atti, secondo l'articolo 337 dello stesso Codice civile.

Articolo 837.

Il tribunale, se non rigetti senz'altro la domanda, ordina la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per le sue deliberazioni.

Le deliberazioni del consiglio sono depositate dalla parte istante nella cancelleria per essere unite al ricorso; il presidente stabilisce con decreto il giorno e l'ora in cui debba essere sentita la persona, contro cui è promossa l'interdizione o l'inabilitazione.

Copia del ricorso e del decreto è notificata alla detta persona nei modi prescritti per la notificazione dell'atto di citazione, nel termine stabilito dal presidente.

Articolo 838.

L'interrogatorio ha luogo in camera di consiglio.

Se per impedimento legittimo il convenuto non possa presentarsi davanti il tribunale nel giorno stabilito, il presidente delega un giudice il quale si trasferisce, coll'intervento del ministero pubblico, nel luogo in cui la persona si trova, per interrogarla.

Si fa processo verbale dell'interrogatorio che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza delle parti;

3° La data del decreto che stabilì il giorno dell'interrogatorio, e la data della notificazione fatta a norma dell'articolo precedente;

4° Se sia stato delegato un giudice, la data del decreto di delegazione;

5° Le interrogazioni fatte e le risposte date.

Il processo verbale è sottoscritto dal convenuto, dal ministero pubblico, dal presidente o giudice delegato, e dal cancelliere.

Annotazioni.

1. Il tribunale *ordina la convocazione del Consiglio;* il pretore, preside del Consiglio al quale è rimessa la determinazione del tribunale, vi adempie passivamente.

Si dice impropriamente *deliberazione del Consiglio;* il Consiglio non emette che un avviso; tal è la espressione dell'articolo 892 della procedura francese.

È così lontana dall'essere una deliberazione, che per essa nulla si delibera (*); contrario all'interdizione, o favorevole l'avviso dei parenti, il tribunale continua il processo e passa all'interrogatorio. Si vuol dire con questo che l'avviso contrario dei parenti non esercita una influenza necessaria sulla mente del tribunale, più che nol farebbe l'avviso favorevole. Perciò convengo pienamente con CARRÉ e con PIGEAU, nel dire che non si potrebbe prender verun mezzo impugnativo contro questa deliberazione o parere del Consiglio di famiglia (**). Ma se il magistrato ricevesse tali prove, tali giustificazioni, che mostrassero all'evidenza che quel supposto prodigo è ben altra cosa; che è un brav'uomo; che fu calunniato da un invido parente che aveva interesse di spogliarlo dell'amministrazione, vi è forse qualche cosa in questo articolo che forzi il tribunale a continuare il processo, malgrado non avesse potuto prima conoscere la verità che ora gli risplende innanzi?

Ciò dipende dal sapere: 1° se l'interrogatorio *sia un atto necessario* in questo processo, e di ciò sarà discorso più avanti; 2° se ordinando la convocazione del Consiglio, e ri-

(*) E come potrebbe deliberare se non ha ancora verun predominio sulla persona che non è interdetta benchè possa esserlo?

(**) L'atto consigliare potrebb'essere annullato per qualche vizio proprio della sua costituzione; ma non altera punto la regolarità del processo interditiale (CHAUVEAU, quest. 3616 bis).

chiedendo le sue risposte, il tribunale abbia pronunciato una sentenza interlocutoria, dalla quale si trovi obbligato ad esaurire tutto il processo.

Prescindo dal riflettere che il tribunale giudica in *Camera di consiglio* senza citazione di parte e sopra un semplice ricorso. In questo stato di cose non comprendo una sentenza interlocutoria, capace anche di tradursi in cosa giudicata (*). Vi ha di più. Accettando la istanza, il tribunale non fa niente altro che dichiarare *che si fa luogo ad esaminare e procedere*. Sarà ben fatto se apporrà quella clausola che, in caso almeno di dubbio, ha un valore incontestabile, *prima ed avanti ogni cosa*, a mostrare ch'esso ha bisogno di lumi e di cognizioni, e nulla intende decidere. Io credo bene che dovrà essere evidente la dimostrazione contraria; ma quando esistesse, come nell'esempio che ho dato di sopra, sarebbe avverso ad ogni retta interpretazione del senno legislativo il dire, che il magistrato, così illuminato, e coll'assistenza del pubblico Ministero, non possa restringersi di nuovo in Camera di consiglio, e deliberare che non si fa luogo al procedimento (**).

2. Come sia pronunciato in Camera di consiglio il decreto che ammette il procedimento d'interdizione, il ricorso e il decreto medesimo vengono notificati in un solo atto a guisa delle citazioni.

Questo è quello che la legge dice. Quello che non dice si è, che tale notificazione deve farsi dal punto che la risoluzione di doversi procedere è stata presa dal tribunale; risoluzione che non potrà sempre prendere sopra un semplice ricorso, che non fa che offrire i germi della prova; può essere, ed è talvolta, esagerato. Fra il *rigettare e l'ammettere* il ricorso allo esperimento della prova, vi può esser qualche altra cosa di mezzo: un decreto condizionale che subordini la risoluzione a delle ricerche, a delle informazioni, all'avviso dei parenti, che può bene, secondo me, precedere il decreto stesso.

3. *La notifica del ricorso e del decreto a forma della citazione*, chiarisce in primo luogo ch'essa deve farsi alla persona o al luogo della residenza, colle gradazioni dell'articolo 139, il che vale di conferma alla nostra opinione sulla competenza esposta nel commento all'articolo 836. Ma una ragione pertinente alla difesa deve annettersi a tale prescrizione. Notificare a *forma di una citazione* non è fare un atto di citazione; ma è pur sempre un invito a difendersi. Formalità tanto necessaria, che CARRÉ e CHAUVEAU (quest. 3017 bis) ebbero a dire che la inosservanza produce la nullità di tutto il processo, e io ne sono persuaso. L'interrogatorio non potrebbe mai aver luogo senza questa premessa. Il termine a comparire è quello assegnato nel decreto.

4. *L'interrogatorio è sempre necessario?*

È sempre necessario il tentarlo. In altre parole, è sempre necessario che il convenuto sia posto alla presenza dell'autorità, che deve trarne elementi profondi di convinzione come un giurì. Disse bene la Corte di Genova, nella sua decisione 7 aprile 1856 (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 633), essere in tale giudizio l'interrogatorio *atto sostanziale e d'ordine pubblico*. Non può comparire l'infelice che già alienato di mente è trattenuto fra le domestiche pareti dall'amorosa famiglia o in luogo di custodia? *Il presidente delega un giudice*, ecc. Si avrà la prova suprema della demenza. Se quell'uomo comparisce e risponde a dovere, non è ancora certo ch'egli sia nella ragione. Può essere un prodigo di prima forza, e si sa che il prodigo ragiona bene. Non avrebbero forse ragionato bene un Ugo Foscolo e un lord Byron? Forse lo affligge una monomania sulla quale non si è saputo mettere il dito. La legge non parla di periti medici; ma io credo che sarebbe ognora in facoltà del tribunale di nominarli. Il pubblico Ministero dev'essere presente. Lo assicura l'ultimo capoverso del nostro articolo. La parte istante può star presente all'interrogatorio? La legge nol vieta, quantunque sia dimostrato dalla forma del verbale, e da quella specialmente della sua soscrizione, che la parte istante o il suo procuratore non sono invitati. I pratici però attribuiscono anche in questo al giudice un potere discrezionario, che io sono ben lontano dal contendergli.

Articolo 839.

Quando il convenuto non comparisca nel giorno stabilito per l'interrogatorio, o ricusi di rispondere, il tribunale dà i provvedimenti opportuni.

(*) Sentenza interlocutoria appellabile quella che *pregiudica il merito*, come si è detto a suo luogo.

(**) Perciò respingo recisamente quella proposizione di CHAUVEAU: « En ordonnant la convocation du conseil de famille, les juges reconnaissent implicitement la pertinence, l'importance des faits allegues. Ils s'engagent, en quelque sorte, si la preuve est faite, à prononcer l'interdiction » (quest. 2048).

Il tribunale può in ogni caso nominare un curatore temporaneo affinchè prenda cura della persona e dei beni del convenuto.

Annotazioni.

E i *provvedimenti opportuni* che dà il tribunale, quali sono? Fors'egli nell'esordio del processo ha avuto in mano le prove più certe della demenza; e il pubblico Ministero ha prese le sue misure. Ma il potere discrezionale del giudice è così esteso: egli è sì poco stretto a regole in questa materia, che io credo che potrà rinnovare la chiamata, ripetere gli interrogatorii (FAVARD DE LANGLADE, tom. III, pag. 93; THOMINE, tom. II, pag. 509), ordinar visite personali, come altresì provvedere nel modo che il capoverso del nostro articolo dichiara.

Articolo 840.

Il tribunale nell'ammettere la prova testimoniale può ordinare che l'esame dei testimoni si faccia senza la presenza del convenuto. In questo caso deve intervenire all'esame il ministero pubblico, e vi può assistere il procuratore o l'avvocato del convenuto, e il curatore che gli sia stato nominato.

Annotazioni.

1. *Se la prova testimoniale sia necessaria.*

Si è detto che l'interrogatorio è formalità necessaria: è dei pari necessario l'esaminare i testimonii?

Per l'articolo 836 si richiede *la indicazione di testimonii informati.* I testimonii, più che i documenti scritti, abbracciano la vita del demente e del prodigo, e sono in grado di presentarne il ritratto. Lo stesso articolo 840 sembra ordinarlo l'esame, come fosse di rubrica: *il tribunale nell'ammetter la prova testimoniale.* Con tutto ciò, aderendo all'opinione dei dottori (LOCRÉ, tom. VI, pag. 754; CHAUVEAU, quest. 3024), dico che l'esame dei testimonii non è necessario, ove si tratti di alienazione di mente che può essere già provata in modo indubbio. Ma non è possibile evitare l'esame in quelle materie ambigue e difficili nelle quali a primo tratto non si può mai ottenere l'evidenza. E ciò sarà in quei casi nei quali non si tratta che d'*inabilitazione.* Il giudice che avventasse, ed è la vera parola, una sentenza sulle prime informazioni, sulle risposte all'interrogatorio, su qualche scrittura, commetterebbe nullità; nè gli varrebbe dire che la sua coscienza era abbastanza informata.

2. Si è fatto il quesito: se la materia dell'esame *debba esser articolata* in fatti specifici. La risposta, come a me pare, fu sempre facile; secondo la nostra legge, è facilissima. L'articolo 836 ordina che nello stesso ricorso si espongano i *fatti dedotti in articoli*, e sarà questa la materia dell'esame. Il tribunale può riformare gli articoli, riordinare la materia, sentire altri testimonii esibiti dall'istante o dal pubblico Ministero che non se ne sta ozioso. A parte simili questioni, imperocchè il magistrato ha un potere discrezionale, sul quale mi giova insistere per abbreviare ogni ricerca sulla forma.

3. La parte istante non interviene; ma sempre il convenuto, o di persona, o per mezzo di un suo rappresentante. Non è obbligo per lui, ma diritto; è un prezioso diritto per contromandare interrogazioni e dare all'ordine dell'esame quella piega che è del suo interesse. Se la parte è rimossa per una certa convenienza, che solo il giudice può apprezzare secondo le circostanze, il diritto della difesa non è menomato: interviene il rappresentante legale.

4. Il processo verbale dell'esame dev'essere notificato al convenuto: è nel diritto naturale della difesa. Ciò insegna il CARRÉ, aggiungendo: « Le défendeur en interdiction est « présumé capable de se défendre jusqu'à ce « que cette interdiction soit prononcée. Il con« stituera donc avoué, et pourra plaider ses mo« yens à l'audience comme toute autre partie » (articolo 893 del Codice francese, quest. 3026; TOULLIER, tom. II, pag. 533).

L'interrogatorio può essere assistito da un giudice delegato nel caso del capoverso dell'articolo 838; nei casi ordinarii *così l'interrogatorio come l'esame, deve farsi al cospetto del tribunale:* è ciò che si raccoglie dall'insieme di queste disposizioni, non parlandosi mai di giudice delegato, fuorchè nella indicata specialità. Spetterà al presidente del tribunale destinare il giorno dell'udienza: decreto che sarà notificato alla persona del convenuto col processo d'esame.

L'udienza è tenuta dal tribunale come di

solito: udienza pubblica, intervento di procuratori, discussione solenne. Si cita una sentenza della Corte di Bruxelles del 21 maggio 1809 (SIREY, XVI, 2, pag. 112), troppo vicina alla promulgazione del Codice di procedura per essere autorevole di acquistata esperienza; ma la giurisprudenza, ha sempre mantenuto di poi il sistema dell'udienza pubblica.

La sentenza si notifica col rito consueto (articolo 368) alla parte soccombente.

5. La regola che riguarda il *pagamento delle spese* è pure la regola comune (articolo 370). Ma chi provoca la interdizione è un avversario od un amico che intende preservare il mentecatto dai pericoli ai quali è esposto, i suoi beni dalla dispersione, la sua famiglia dalla rovina? (*). Tuttavia le spese si pagano dal curatore dell'interdetto (*Praticien franc.*, t. V, pag. 179; DELVINCOURT, t. I, pag. 479), massima che può sostenersi anche sotto il punto di vista dell'utilità recata alla sua persona e al suo patrimonio. Il tribunale che non accoglie la domanda d'*interdizione*, trovando il caso meno grave, non adotta che il rimedio della inabilitazione; facoltà che il tribunale può sempre usare nella sua prudenza, *quantunque la domanda dell'interdizione sia assoluta.*

Ciò peraltro deve intendersi qualora la qualità della domanda e la logica del processo lo comporti. Non metto in dubbio, che essendo il giudizio soggetto alle regole comuni dei procedimenti sommarii, la comparsa conclusionale possa presentarsi all'udienza (art. 391). E per essa la domanda d'interdizione può mitigarsi in quella di semplice inabilitazione, *semprechè non sia sostanzialmente variato il concetto della istanza primitiva.* Se l'istanza primitiva formola la interdizione *per vizio di mente*, è chiaro che potrà ridursi: il tribunale stesso potrà non applicarla che col mezzo più mite della inabilitazione ove il difetto della ragione appaia purtroppo, ma in un grado minore. Ma dalla fisica infermità della mente al vizio morale dell'animo, quale si è la prodigalità, corre un gran tratto: non si può passare impunemente dall'una all'altra conclusione: gli interrogatorii, le prove assunte a stabilire la imbecillità e la demenza non hanno rapporto colle abitudini della prodigalità e colla corruzione del costume che l'accompagna; sentenza chiaramente esposta da CHAUVEAU, con quelle parole: « On ne pourrait par des « conclusions nouvelles substituer, dans le « cours de la istance, à une action en inter- « diction *pour cause de demence*, une demande « en dation de conseil judiciaire *pour cause « de prodigalité* » (quest. 3029). La istanza sarebbe rigettata, e l'attore condannato nelle spese.

E, secondo i casi, potrebb'esser anche condannato nei danni ed interessi (LOCRÉ, tom. VI, pag. 459; DALLOZ, tom. IX, pag. 537).

Articolo 841.

L'appello dalla sentenza del tribunale può essere proposto da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione, e deve essere diretto contro la persona di cui fu chiesta l'interdizione o l'inabilitazione.

Nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 839 l'appello è notificato anche al curatore.

Il convenuto può appellare anche senza l'assistenza del curatore.

Annotazioni.

1. *Della opposizione.*

Se una sentenza è pronunciata in contumacia dal convenuto, compete il diritto di opposizione (articolo 474 e seg.). MERLIN disse che la opposizione è di *diritto naturale;* ed altri la chiamò il *complemento della difesa.* Tale però, io rifletto, che la legge non la considera sempre necessaria. Vi hanno giudizii speciali; vi ha tutta la serie dei giudizii esecutivi, dai quali questo diritto è cancellato, come abbiamo visto percorrendo quelle regioni. Se tutto ciò sia conforme alla logica, non vogliam dire. *Perchè si concede la opposizione?* Perchè si crede che il convenuto non abbia avuto quella notizia che doveva ricevere dall'atto di citazione, perchè si dubita almeno che la citazione gli sia pervenuta. Se così non fosse, il diritto di opposizione sarebbe tutto a profitto dei debitori. Ne segue adunque che in parecchi giudizi speciali, e in tutti quelli di esecuzione, non importa molto che il convenuto non abbia ricevuta la citazione. Ho avuto l'onore di dire

(*) « Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi » Leg. 7 Dig. curat. furios.

che questo istituto non fu mai bene regolato, e non lo è neppure oggidì, quantunque cangiato in meglio. Ma lasciamo di questo. Se in codesto giudizio la *opposizione non è divietata*, è dunque ammessa per la regola generale che nel silenzio della legge deve ognora osservarsi (Corte di Besançon, 1° marzo 1828, *Journal Avoué*, tom. XXXV, pag. 203; Parigi, 30 agosto 1826, Cassazione francese, 24 dicembre 1838, DEVILL., 1839, tom. I, pag. 49).

Ammettiamo pertanto la opposizione.

Potrà obbiettarsi che non vi ha propriamente in questo giudizio *un atto di citazione* (*V.* le ANNOTAZIONI agli art. 836, 837, 840). Quando si notifica un decreto che contiene il termine nel quale si deve comparire, riteniamo, in principio generale, che quell'atto fa le veci della citazione; e la notificazione di esso, in quanto sia o no pervenuto alla persona (art. 474), governa il diritto di opposizione.

Ma in qual punto del processo comincia l'esercizio del diritto di opposizione?

In questi procedimenti speciali raro è che non sia d'uopo modificare le leggi normali della procedura. L'attuale processo ha due parti ben distinte e inconfondibili. Nell'una è l'autorità stessa che procede *indipendentemente dalla volontà della persona*, che è l'oggetto del giudizio, e quasi dominandola. Si comincia il giudizio, senza chiamarla, a sua insaputa. *Il solo pubblico Ministero deve sentirsi:* e forse lo stesso pubblico Ministero è la parte istante. Indi la persona è chiamata per subire un interrogatorio: poco importa se non vuole o non può prestarsi all'invito: il magistrato provvede (articoli 838, 839). A questo punto la traccia della procedura non è più visibile; ma noi abbiamo cercato collegare i nessi che occorrono per tessere quella parte sostanziale del processo che deve compiersi sino alla sentenza. Il futuro interdetto dev'essere citato all'udienza per sentir pronunziare la sua interdizione o inabilitazione; o gli si notifica, come dissi, il decreto del giudice che fissa l'udienza, e vale citazione. *Se il citato non comparisce all'udienza ove deve trattarsi il merito*, è allora ch'egli può essere condannato in contumacia; *è da quella sentenza ch'egli può interporre opposizione* (*), che infine è la sola che si pronunzia col suo contraddittorio.

2. *Dell'appello.*

a) Forma dell'appello.

Non essendo prescritto termine particolare, e pel tempo, ed altresì pel modo, si seguirà la norma generale.

b) Effetto dell'appello.

È forse sospensivo?

1. **Precedenti storici.** — Regnava in Francia un antico statuto, al quale la giurisprudenza aveva sempre corrisposto, pel quale *una sentenza d'interdizione si riteneva eseguibile nonostante appello* (CARRÉ, quest. 3033). Pare che il Codice Napoleone non ripudiasse punto quella tradizione, mentre lasciò scritto nell'articolo 502: « *L'interdizione* o *la nomina di un* « *consulente avrà il suo effetto dal giorno della* » *sentenza.* Sarà nullo di diritto qualunque « atto fosse fatto posteriormente dall'later- « detto, o *senza l'assistenza del curatore* ». Poi veniva un altro articolo, che non sembrava con quello perfettamente concorde, o almeno aveva bisogno di spiegazione, e disponeva che non essendosi proposta appellazione dalla sentenza d'interdizione pronunziata in prima istanza, o quando venisse confermata in appello, si passerebbe a deputare all'interdetto un tutore ed un surrogato tutore. Cesserebbe allora dalle sue funzioni l'amministratore provvisionale, e renderebbe conto al tutore, se non fosse egli stesso il tutore (articolo 505).

Si era d'accordo che l'articolo 502 intendeva della *prima sentenza;* ciò è naturale, perchè volendosi portare una limitazione senza esempio a quel principio, che una sentenza, per avere efficacia giuridica, ha d'uopo almeno di essere notificata, poco o nulla importava il dire che la sentenza d'appello nel suo carattere sovrano era eseguibile, lasciando intanto alla sorte il patrimonio di un uomo sul quale pesa una sì profonda presunzione d'incapacità, per tutto quel periodo, d'ordinario assai lungo, che deve scorrere fra l'una e l'altra sentenza.

Ma in questa guisa l'appello era sospensivo, o non era sospensivo? Secondo l'articolo 502 l'interdizione e la consulenza, e la *nomina stessa del consulente* (e così dovrà dirsi di quella del tutore), avevano un effetto istantaneo; secondo l'articolo 505 il tutore non era nominato pendente l'appello, o *quindi non assumeva le sue funzioni*, ma sarebbe nominato in un solo dei due casi: o che non ci fosse appello; o la sentenza d'interdizione venisse confermata.

L'*effetto sospensivo* dell'appello pareva dopo ciò evidente; pure debbo intendere da CHAUVEAU che « le Code civil et le Code de procé- « dure loin de déroger à ce vieux principe « (l'effetto devolutivo dell'appello), semblent « plutôt l'avoir confirmé ». E si fa corona di

(*) Salvo il disposto dell'articolo 474.

altri autori, quali DELVINCOURT, PROUDHON, THOMINE, che la pensano como lui (questione 3033). Il MERLIN, in una lnnga e splendida arringa, sostiene che non avrebbe senso l'articolo 502, se dovesse aspettarsi, come alcuno pretende, la pubblicaziono e l'affissione della sentenza; enumera i pericoli ai quali la persona e il patrimonio dell'interdetto sarebbero esposti (*Tabella degli interdetti*, § 1, *Commento al Codice civile* di CATTANEO e BORDA, coi tipi dell'Unione tipografico-editrice torinese). Altri autori, mi basti citare uno degli nltimi, il MARCADÉ, annotando, a dir vero, un po' leggermente l'articolo 502, dice che la sua redazione è troppo assolnta per dubitare che sia necessaria qualche estrinseca formalità di affissione, o d'altro, per assicurarne l'effettuazione immediata.

Noi avevamo il Codice civile albertino foggiato alla stessa maniera. L'articolo 384 era surrogato all'art. 502; l'art. 387 al 505 del Codice francese: non c'era che a dedurre gli stessi corollarii.

2. Io trovo spesso sfuggire ai commentatori celebri certi sensi sottili e riposti delle leggi in cui si nascondono vere difficoltà. È facile intendere che con un testo così preciso, com'è l'art. 502 del Codice Napoleone e 384 del Codice albertino, l'atto della pronunzia è l'attuazione della misura legale, che toglie all'interdetto la libertà, ed espone alla nullità le sue contrattazioni di fronte ai terzi che si vogliono informati sufficientemente prima eziandio delle pubblicazioni che sembrano fatte a quel fine (*). Ora il qnesito è pnramente questo: se il tutore o curatore *entri immediatamente nell'esercizio delle sue funzioni*, e continni ad esercitarle nonostante l'appello; ovvero la legge non proclami che nn regolamento di diritto, sicchè ognnno sappia che *una volta confermata la sentenza*, tutti i contratti fatti *nel tempo intermedio coll'interdetto* sarebbero nulli. I rispettivi art. 505 e 387 dei citati Codici Napoleone e Albertino forzavano ad accettare la seconda interpretazione; poichè se il tutore o curatore non è ancora nominato, *non deputandosi all'interdetto* se non inesistendo l'appello, vale dire *scorso il termine concesso ad appellare*, o *dopo la conferma*, il tutore e il curatore non esistono ancora, non possono aver il governo o funzionar come tali. L'uomo è dunqne *virtualmente* e non *effettivamente interdetto*, mentre non sarebbe privato della sua amministrazione pendente l'appello. E perciò l'appello sarebbe sospensivo quanto al fatto; soltanto la sentenza di conferma avrebbe un effetto *che retroagirebbe al giorno in cui fu pronunziata la prima sentenza*. Un'altra differenza verrebbe a risultarne, ed è qnesta; che nel primo caso il convenuto sarebbe realmente impedito dall'agire per tntto il corso del giudizio d'appello, con grave impaccio ed onta sua, e vincendo, avrebbe dovuto nonostante subire lo stato d'interdiziono; nel secondo caso sarebbe libero come innanzi; vincendo in appello, la interdizione non sarebbe stata che di nome, e i contratti, da lui o con lui eseguiti sotto fede della vittoria, sariano validi.

Non varrobbe opporre che la legge francese e la sarda snppongono che un curatore, un assistente temporaneo e provvisorio esista, come negli articoli rispettivi 505 e 387 si dichiara; quindi egli si tiene in mano il governo delle cose sino alla conferma della sentenza. Ma non si trova legge che *imponga* e faccia obbligo al giudice di nominare un curatore provvisorio, benchè abbia facoltà di farlo secondo le circostanze; laonde dall'accidentale non potrebbe dedursi la solnzione del qnesito.

3. *Diritto moderno.*

Ma lasciamo ad altri la soluzione, e veniamo alla legge nnova.

L'articolo 328 del Codice civile, mondato da ogni parafrasi, e con nna formola recisa, dice: « L'interdizione produce il suo effetto dal giorno della sentenza ». Il Codice civile non si occupa di formalità di notificazioni o di pnbblicazioni; ne lascia l'incarico a qnello di procednra. Le disposizioni che si leggevano negli art. 505 del Codice Napoleone e 387 del Codice albertino furono omesse. L'omissione può avere due cause diverse; le relazioni dei corpi legislativi e ministeriali, precedenti il Codice, non ci hanno spiegato quale sia prevalsa. Forse si è trovato in quella locuzione un ostacolo alla retta intelligenza dell'art. 328, in quanto si volesse che la nomina del curatore fatta nella sentenza avesse un effetto immediato, ostensibile, materiale. Ovvero si è lasciata fuori perchè in parte strana e in parte inutile, come difatti era. Strana, essendo ben naturale, che la sentenza d'interdizione contenesse la nomina del tntore o curatore; nè s'intende come si dicesse che la nomina del tutore o curatore sarebbe sospesa dall'appello. Inutile, se l'appello è sospensivo.

Io osservo che l'articolo 328 ha un'eco nel-

(*) Ma si tiene al principio *qui cum alio contrahit vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (Leg. 19 Dig. de reg. jur.).

l'art. 335 dello stesso Codice civile, il quale si esprime: « Gli atti fatti dall'interdetto dopo « la sentenza d'interdizione, o anche dopo la « nomina dell'amministratore provvisionale, « *sono nulli di diritto* ». Io credo che questa difatti sia la volontà del legislatore. La nullità, rimpetto ad una interposizione d'appello, è di sua natura *condizionale*. Gli atti saranno dichiarati nulli qualora la sentenza d'interdizione venisse confermata. *La nullità è di diritto*, ma in quel caso e a quella condizione. Intanto i terzi si guarderanno bene dal contrattare coll'interdetto nel flagrante pericolo che li minaccia: se lo faranno, peggio per loro. Ma il curatore, nominato nella sentenza appellata, rimane, per dir così, in aspettativa; e intanto non funziona: ritengo insomma che il precedente sistema non sia cangiato.

Certo è che se fosse stato deputato un *curatore provvisorio* per via d'incidente, secondo l'articolo 839 della procedura, questo curatore eserciterebbe l'amministrazione anche durante il corso dell'appello. È questo difatti lo scopo principale di una tale provvidenza.

Aggiungo che non vedrei incompatibile che lo stesso tribunale che decreta l'interdizione, ordinasse, a certi effetti almeno, l'esecuzione provvisoria della propria sentenza.

La disposizione degli articoli 328 *e* 335 *è applicabile anche al caso di semplice inabilitazione?*

Motivi di dubitare: che la *inabilitazione* è un modo della interdizione; che la stessa causa che mosse il legislatore a preoccupare i termini della procedura, onde correndo quelli d'appello, non corresse del pari alla rovina il patrimonio dell'interdetto, deve valere a benefizio del prodigo e della sua famiglia. La legge sarebbe improvvida; mancherebbe a quel tatto di squisita prudenza di cui ha dato prova stanziando quel diritto eccezionale; che infine se il convenuto può giustificarsi in appello, niun danno; non ha patito ingiuria; i terzi avranno contrattato validamente.

Ma altri, io penso, sono i motivi di decidere.

In fatto di libertà civile non si deve nel dubbio preferire l'interpretazione contraria alla libertà. *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum est.* La interdizione è l'annientamento della personalità civile; è lo stato d'infanzia; è la incapacità totale; è la soggezione, la chiamerò così, dell'anima e del corpo; la *inabilitazione* è la dipendenza limitata agli affari più seri e ponderosi della vita civile. Se adunque nel Capitolo *della inabilitazione* il legislatore non ha ripetuti i pronunciamenti degli articoli 328 e 335, ha avuto la sua gran ragione. La tenue e poco evidente infermità dell'intelletto (facile a confondersi coi tanti poveri di senno che vanno pel mondo, e non sono interdetti); la stessa prodigalità, che può essere munificenza, sacrificio generoso, o un surrogato ideale di vere e crudeli disgrazie, non ha un carattere esteriore così deciso per cui abbiano ad anticiparsi provvedimenti oltraggiosi, tali da influire dolorosamente sul rimanente della vita (*). Bisogna prima vederne sino al fondo le prove. La società civile esercita un diritto troppo problematico a spese del principio — che la proprietà è il diritto di godere delle cose nella maniera più assoluta — perchè si possa far lusso di previsioni e di grandi cautele. Il legislatore bene economizzando il metodo letterario dell'opera, ha collocato pur anco sotto il Titolo *della interdizione* quell'enunciato = che possono annullarsi eziandio gli *atti anteriori alla interdizione*, preesistendo la causa, e risultando la malafede dell'altro contraente (articolo 336 del Codice civile); ma alla *inabilitazione* non si estende (Corte di Genova, 17 novembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1836, pag. 183) (**).

Concludo che l'appello è sospensivo; e non si ammette inabilitazione precoce e condizionata alla sentenza di conferma.

4. *Di quelli che possono interporre appello.*

Non solo chi ha promosso il giudizio d'interdizione o d'inabilitazione, ma altresì *chiunque aveva diritto di promuoverlo.* L'attore sembra in certo modo avere operato quale mandatario tacito del numeroso ceto dei parenti, ognuno dei quali, dal più prossimo al più remoto, può intromettersi in questa faccenda. Tutti questi parenti non vengono come terzi, ma investiti dell'azione principale.

Quanto *all'appello dalla sentenza che pronunziò la interdizione*, si vuole che il solo con-

(*) Sul credito cioè dipendente dalla capacità personale; se uno esercita mercatura, professione di avvocato, ingegnere, ecc.

(**) Sull'applicazione dell'articolo 385 del Codice civile albertino, che corrispondeva all'attuale 336, la giurisprudenza veniva oscillando (*V.* le non conformi sentenze della Corte di Torino dell'11 novembre 1856 e 24 gennaio 1854, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, p. 803, ivi 1854, pag. 263). La Cassazione parve ritenere l'applicabilità dell'articolo 385, essendo notorie le cause della prodigalità (1859, 19 gennaio, Dorandi-Gilosi). La mia tesi è questa. Il contratto fatto con un prodigo notorio può essere annullato bensì prima della inabilitazione, ma per cause comuni di dolo, frode, abuso di fiducia, e mai si può applicare se non per modo indiretto o per una certa analogia, l'art. 336 del Codice civile (Chardon, *Della podestà tutelare*, n° 239 e 243).

venuto abbia interesse; e questo atto sia a lui personale (CARRÉ, quest. 3031; THOMINE, t. II, pag. 510).

5. *L'interdetto per prima sentenza si difende in appello senza l'assistenza del curatore.*

Se l'articolo 328 del Codice civile, al quale ci riferiamo così di sovente, producesse quell'azione effettiva del curatore che noi gli abbiamo negata pendente l'appello, non sarebbe facile sostenere logicamente che il curatore non dovesse esercitare il naturale suo uffizio di rappresentare l'interdetto in un giudizio qualunque; e bisognerebbe ricorrere a una legge positiva, che per fortuna non manca (ultimo capoverso dell'articolo 841). La legge dichiara che il convenuto può appellare senza l'assistenza del curatore; ma ne seguita forse *che possa anche da solo e liberamente piatire in appello?*

Dato che il curatore non è ancora entrato in azione, invero non occorreva quella esplicazione; ma viene molto a proposito quando si faccia l'ipotesi di un *curatore temporaneo* già deputato dal tribunale. E badate che *di questo soltanto discorre la legge.* Ciò è manifesto nel penultimo capoverso del nostro articolo 841. E quindi era d'uopo quello schiarimento che nell'ultimo si ravvisa.

Si potrebbe osservare che il testo restringendosi all'*atto di appello come atto conservatorio*, non si avanza più oltre, e non dice che il *convenuto* possa continuare l'appello da sè e difendersi senza l'assistenza del curatore. Ma dall'uno all'altro havvi la più legittima inferenza. L'interdetto, secondo le regole generali del diritto, non può neppure appellare, se non per mezzo del curatore. Del resto il *curatore definitivo* è in attualità di funzione non esiste, perchè vi è appello dalla sentenza; il *curatore provvisorio* è limitato ai beni, e non può rappresentare il convenuto in appello, perchè lungi dall'aversi quella identità d'interessi per cui l'interdetto si confonde nella persona del curatore, vi ha contraddizione, dualità, inimicizia aperta di scopi, se non d'interessi; il convenuto ha ancora le armi in pugno, sta sulla breccia; se non potesse difendersi da sè, sarebbe già giudicato.

Articolo 842.

Il consiglio di famiglia o di tutela quando riconosca cessata la causa dell'interdizione o dell'inabilitazione lo dichiara con deliberazione, la quale è trasmessa dal pretore al procuratore del Re.

Per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione si osservano le norme sopra stabilite.

L'appello dalla sentenza che revoca l'interdizione o l'inabilitazione può essere proposto da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione e anche dai membri del consiglio che abbiano espresso avviso contrario alla revoca.

Annotazioni.

1. *A chi appartiene il diritto di domandare la revoca dalla interdizione* o *dalla inabilitazione?*

Articolo 368 del Codice civile. « La interdi« zione sarà rivocata ad istanza dei parenti, « del coniuge o del pubblico Ministero, quando « venga a cessare la causa che vi abbia dato « luogo. — Il Consiglio di famiglia o di tutela « dovrà vegliare per conoscere se continui la « causa della interdizione ». Lo stesso interdetto o inabilitato non potrebbe chiedere la propria liberazione?

È un diritto che non è mai stato contestato (TOULLIER, t. II, pag. 559; LEPAGE, pag. 593; MERLIN, v° *Interdiction*, § 5), o reputo incontestabile. Un curatore interessato a continuare nell'amministrazione; una famiglia di parenti che ha ben altro a pensare; un pubblico Ministero sempre poco disposto *ad liberandum*, se ne stanno; e l'interdetto per vizio di mente che si sente risanato, l'inabilitato che ha dato prove di ravvedimento e di senno, non potrà rompere il silenzio e ricorrere al giudice? Diritto naturale di cui niuna legge umana potrebbe privarlo. Difatti non si controverte che del modo: ora vediamo il modo.

2. *Del procedimento e forma del giudizio.*

È una legge molto speditiva quella che dice: si *osservano le norme sopra stabilite.* Ma quali sono le norme osservabili? 1° La domanda si farà *con ricorso* al tribunale, presentato al presidente coll'organo della cancel-

leria (*). 2° Saranno esposte le ragioni (non però dedotte in articoli), indicati testimonii, prodotti documenti giustificativi (articolo 836). 3° Se la revoca della interdizione è promossa dal Consiglio di famiglia o di tutela, *la sua deliberazione è trasmessa dal pretore al procuratore del Re* (articolo 842): è allora lo stesso pubblico Ministero che propone la revoca. 4° Se la istanza procede dallo stesso interdetto o inabilitato, il tribunale, per prima cosa, ordina la convocazione del Consiglio di famiglia (**) (articolo 837).

5. *L'interrogatorio è ancora necessario.*

Se tutto risponde favorevole alla revoca, il tribunale può senz'altro, sentito il pubblico Ministero, pronunziare in Camera di consiglio.

L'interdetto o inabilitato *ha d'uopo di essere assistito dal suo curatore in questo giudizio?* Se consultiamo il CARRÉ, egli c'insegna, « L'interdit n'a pas besoin, pour former sa de« mande en main levée, ni de l'autorisation, « ni de l'assistance de qui ce soit » (q. 3037). *Ma chi deve citare?* Abbiamo veduto che il giudizio s'introduce semplicemente *per via di ricorso e senza citazione.* Qui la tradizione giuridica è alquanto confusa. PIGEAU crede che non ci sia persona da citare. Se qualche parente, egli dice, è d'avviso contrario, può fare opposizione alla istanza con *atto stragiudiziale* (tom. II, pag. 434). BERRIAT tiene un altro parere. I parenti, secondo lui, devono esser chiamati onde far valere i loro mezzi contro la pretesa liberazione; o almeno « on doit « actionner le tuteur qui les représente » (pagina 683, n° 10). CHAUVEAU, incontrandosi colla dottrina di PIGEAU, opina che un vero contraddittore non c'è, e non si saprebbe come fabbricarlo, per così dire; mentre il tutore è piuttosto l'amico e il protettore dell'interdetto, che l'avversario; press'a poco deve dirsi lo stesso del Consiglio di famiglia e del pubblico Ministero. MERLIN riferisce una decisione in termini della Cassazione, la quale non trova altro di dogmatico e necessario che l'osservanza degli articoli 494, 496 e 498 del Codice civile, nei quali si riassumono pressochè interamente le prammatiche da noi enunciate. Ne dedusse la Corte suprema non esserci contraddittore indicato e legittimo, eccetto il *Consiglio di famiglia* e il *pubblico Ministero;* e ne esclude il tutore. Fu ritenuto *contraddittore necessario* da una decisione della Corte di Colmar; ma questa decisione venne cassata (arresto 12 febbraio 1816, MERLIN, v° *Interdiction*, § 5).

Secondo tale sistema, la proposizione = *non esistere un vero contraddittore* dell'interdetto o inabilitato nel giudizio di liberazione = si traduce in questa = che *non si erige un giudizio contenzioso*, che non si fa una lite nel rigor della parola; e si continua quel procedimento quasi domestico, in cui si trattano, forse un po' burrascosamente affari interni, ma sempre affari interni, affari di famiglia. L'interdetto o l'inabilitato (***) potrà indurre testimonii, far altre prove; ma nelle ristrette proporzioni di questo procedimento speciale (articolo 840). Quindi non potrà volersi cavare la prova da interrogatorii o da giuramenti, o da confessioni del *pubblico Ministero*, dei *membri del Consiglio di famiglia;* eppure se avversarii fossero, se con essi si disputasse *oggettivamente*, ad uno scopo cioè d'interessi conflittanti, come avviene nei giudizi d'ordine contenzioso, siffatti mezzi di prova non potrebbero negarsi. Potrà disputarsi, ma in via di discussione che può chiamarsi stragiudiziale; e non per pubblico piato, come in un vero giudizio.

Con questa parafrasi del sistema francese ho voluto meglio additarne il concetto; ma noi abbiamo la rimarchevole novità dell'art. 843, all'esame del quale è da riportarsi la conclusione.

3. *Del tribunale competente per la revoca della interdizione e inabilitazione.*

La *domanda d'interdizione* o *d'inabilitazione* è recata al tribunale del luogo ove ha *domicilio* (****) la persona contro la quale è proposta. Nel presente art. 842 ove la cessazione della soggezione o del vincolo viene enunciata come un diritto, quanto alla giurisdizione si dice nulla, o si dice tutto, con quelle parole: *si osservano le norme sopra stabilite.* Se non che questa formola sembra più presto riferirsi ai *modi di procedimento*, che alla giurisdizione. Le parti invero sarebbero cangiate. L'attore, come supponiamo, è lo stesso interdetto; il convenuto sarà ipoteticamente il Consiglio di famiglia o un membro dissenziente o avverso dello stesso Consiglio; o qualunque

(*) Qual tribunale? Lo diremo un po' più sotto.

(**) Il tribunale non può rigettare la domanda di revoca col solo esame delle carte prodotte, come la domanda d'interdizione o inabilitazione.

(***) Parlo sempre di lui, perchè, come osservai, se la liberazione è domandata dal Consiglio di famiglia, dal tutore, ecc., è anche più spontaneo il dire che il giudizio *è interno*, vale dire non contraddittorio nel senso che si attribuisce a questo appellativo nella teorica ordinaria della procedura.

(****) Ciò è spiegato nel commento sull'articolo 836.

parente che avrebbe avuto diritto a promuovere l'interdizione (*). Qualunque sia, vi ha un *convenuto*, che non è certamente quello dell'altro giudizio.

L'articolo 896 del Codice di procedura francese non era più esplicito. Anch'esso parlava della conformità del rito; taceva della giurisdizione. Gl'interpreti cominciarono dall'avvertire che quando si volesse dire che il giudizio di revoca deve istituirsi avanti il tribunale che pronunciò il vincolo, *per esser questa una controversia di esecuzione*, il discorso sarebbe fallace. Si tratta invece, insegna il Carré, di una *domanda principale*, che non ha la menoma attinenza con una controversia di esecuzione o d'interpretazione della proferita sentenza; il Carré ritiene che l'interdetto dovrà adire il tribunale del proprio domicilio, che sarà infine quello del suo tutore (quest. 3038).

Ma Thomine e Favard de Langlade pensano che il tribunale del luogo ove risiede il Consiglio di famiglia è il solo competente, per la ragione che il Consiglio che intervenne nel giudizio del vincolo è pur sempre il principale operatore eziandio nel giudizio di liberazione (Thomine, tom. I°, pag. 513; Favard de Langlade, tom. III, pag. 101). Altri osserva in contrario: il Consiglio di famiglia rappresenta forse il convenuto? Se no, perchè il luogo ove risiede o si aduna nel distretto pretoriale dovrebbe determinare la giurisdizione? Il Chauveau indicando le varie opinioni, non si sa bene cosa risolva dal canto suo (quest. 3039, sudd.).

Duole di non vedere decisa la questione della competenza con qualche parola che stava bene in questo articolo. Per me credo che per ben fissare il punto della competenza non si debba partire dal presupposto di un convenuto che si abbia a chiamare in giudizio. A un dato stadio del processo bisognerà forse esplicare una lite in tutte le regole (*V.* l'articolo 843), la quale però non sarà che uno sviluppo del medesimo processo iniziato colle forme speciali e proprie del presente Titolo. Ma è incontestato che si comincia semplicemente da un ricorso colla norma dell'art. 836; il tribunale ha pur egli una via officiosa da percorrere, ha delle pratiche da esperimentare (**), e in tutto questo un *convenuto*, per quanto riguarda la revoca della interdizione o inabilitazione, non apparisce ancora. Se vengono a scoppiare questioni da trattare in via propriamente contenziosa e nei più larghi modi della procedura (*V.* il sudd. art. 843), non si può balzare da un tribunale all'altro; quello che fu competente da principio, continua ad esserlo. Insomma il concetto, qual che si voglia, di un convenuto, non ci somministra il criterio logico della competenza, nel silenzio della legge. Bisogna trovarne un altro. E lo ritengo che *quello stesso magistrato che fu investito di competenza per decretare la interdizione* o *inabilitazione*, lo sia del pari per decretare lo scioglimento del vincolo. Mi permetterei di dire, e parmi senza errare, che la revoca si reputa una delle fasi, l'ultima certamente, del giudizio stesso d'interdizione, e parte di quello, e quindi virtualmente contenuta nella giurisdizione che dopo aver determinato il nuovo stato del cittadino, dichiara che quello stato non ha più ragione di essere, e restituisce alla libertà colui che per la stessa utilità sua fu posto nei ceppi.

E per queste che a me sembrano potenti ragioni, la legge non additò veruna giurisdizione, quasi volendo significare che è sempre una quella che lega e quella che scioglie; anche perchè niun altro è meglio istrutto di quel magistrato, niun altro è in grado di meglio apprezzare il cangiamento sopravvenuto in confronto dell'antico stato.

4. *Dell'appello.*

La revoca della interdizione può non piacere a più di uno. Vi possono essere degli interessi lesi: non vorrei dire che delle suscettività possono tenersene offese: sarebbe dir troppo. Nondimeno il nuovo Codice ha aperta una via, secondo me, assai patente per farle germogliare queste suscettività di cattivo genere. L'articolo 1021 della procedura del 1859 aveva stabilito essere proponibile l'appello *dal Ministero pubblico o da quelli del Consiglio di famiglia* che avessero emesso un parere contrario alla revoca. Fin qui il diritto era limitato. Ora si estende a tutti coloro che *avrebbero potuto proporre la interdizione o l'inabilitazione*, e fa silenzio sul Ministero pubblico. Il silenzio in questo caso vale esclusione; ed è giusto, poichè lo Stato non deve poi spingere tant'oltre le sue sollecitudini; deve proteggere, non perseguitare. Ma dall'altro lato *ogni* congiunto essendo in facoltà di promuovere la interdizione (articolo 326 del Codice) e anche l'inabilitazione (articolo 339), ogni congiunto, *sino al decimo grado*, può interporre appello da una sentenza di revoca, quantunque non abbia in verun tempo messa in moto questa sua facoltà! Io sento con dispia-

(*) Vedremo quale, ragionando dell'articolo 843.

(**) *V.* sopra alle Annotazioni, n° 2.

cere che siffatta estensione, oltre alla sua manifesta incoerenza coi precedenti logici onde si svolge il diritto d'appello, è un vincolo di più alla libertà personale, e sorgente di gratuite vessazioni.

Articolo 843.

Nel giudizio d'interdizione o d'inabilitazione, o di revoca dell'una o dell'altra, in quanto non sia regolato da questo titolo, si osservano le norme del procedimento formale, salvo che per ragioni d'urgenza sia autorizzato il procedimento sommario.

Non può essere pronunziata sentenza, se non sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

Con tale scorta ci è dato di aggiungere al nostro concetto sulle attitudini di questo singolare processo.

Da una forma semplice, compendiosa e quasi stragiudiziale, si vede rampollare un solenne procedimento formale, che può, eccezionalmente e per cause conosciute, restringersi al sommario. Ma questo che vuol dire? Vuol dire che il processo d'interdizione o di revoca, che ora consideriamo sotto lo stesso punto di vista, non consta sempre, ma può constare di due parti al tutto distinte. Una imprescindibile, ed è quella che, come abbiamo avuto occasione di segnalare esponendo l'articolo precedente (nota 2ª), può dirsi l'opera del magistrato protettore, e quasi la parte istruttoria del processo. Se il convenuto non fa opposizione, il processo può anche terminare nel modo con cui è cominciato. Ma dacchè il convenuto sente di dover reclamare i diritti della difesa, la legge gli accorda quelle guarentigie che nei giudizi di maggior momento sono ordinate. Trovandosi a fronte di un avversario, specie di accusatore che gli imputa la sconsigliatezza del mentecatto o la dissolutezza del prodigo, chi può impedire all'individuo fatto segno di tali censure di citarlo a sua volta, onde le prove raccolte siano dichiarate insufficienti, e rigettata la contraria domanda? E allora nasce un giudizio formale, un giudizio che potrebbe anche dirsi nuovo rispetto al processo che si è lavorato nell'interno del tribunale, e questo non è più che un complesso di materiali sottoposto all'esame e al giudizio del tribunale medesimo sedente fra il contraddittorio delle parti interessate.

Non altrimenti se trattasi di revoca. Il processo preliminare ha sempre luogo; con esso può definirsi la questione; ma la parte che si trova minacciata ne' suoi diritti, può valersi dei mezzi più ampli che le sono impartiti dalla nuova legge, che tutelando in modo insolito i preziosi diritti della personalità civile, merita di aver luogo fra le progressive.

Ma se il Codice concede all'interdetto o inabilitato di attaccare di fronte gli avversarii della sua liberazione in regolare giudizio, *chi mai deve citare?* Ecco il punto in cui è mestieri cercare questa incognita, *la persona del convenuto* (*).

Convenuto e contraddittore in giudizio non può essere nè il pubblico Ministero, nè il Consiglio di famiglia come ente morale, nè il tutore. Non il primo, non essendo altro che un magistrato che, nel puro interesse del vero, opera d'ufficio sì nelle sue requisitorie, che nelle sue consultazioni. Non il secondo, che non si considera che come un presidio tutelare, destinato alla custodia e difesa della persona e del patrimonio dell'incapace. Non il tutore finalmente che riassume la personalità dell'incapace, ed è un altro lui stesso.

Se vi ha un avversario scoperto e deciso, è colui che promosse l'interdizione, o coloro che si mostrarono avversi nelle deliberazioni del Consiglio di famiglia; è di fronte a quelli che s'istituisce il giudizio.

Se avversarii propriamente non ci sono, la contraddizione legittima appartiene ad ogni modo ai parenti più prossimi, e parlo di quelli che costituiscono lo stesso Consiglio di famiglia, quantunque si mostrassero assenzienti alla liberazione dell'interdetto. In tal caso non faranno opposizione, o, mutato avviso, potranno anche farla: il loro silenzio sarà la riprova del diritto dell'attore; la loro presenza rende il giudizio regolare.

Il giudizio formale dev'essere preceduto, come lo pure osservai, da quei preliminari di istruttoria che sono segnati negli articoli 836,

(*) V. l'Annotazione 2 dell'articolo 842.

837, 838, 840, dai quali lo stesso magistrato in sede contenziosa può togliere i più gravi argomenti della sua decisione. *Prima che il tribunale deliberi*, l'interdetto o inabilitato, nel presagio di una deliberazione non lieta per lui, può aprire il giudizio formale onde svolgere ampiamente i suoi mezzi di difesa. Ma se il tribunale avesse pronunziata sentenza avversa, io stimo ch'egli dovrebbe ricorrere all'appello; ed ivi si seguirà il modo di procedimento formale o sommario, secondo il disposto di questo articolo.

I rimedii della rivocazione e della cassazione competono come in qualunque altro giudizio comune.

Articolo 844.

Le sentenze che pronunziano l'interdizione o l'inabilitazione, o la revoca dell'una o dell'altra, passate in giudicato, si trasmettono per estratto a cura del ministero pubblico, alle cancellerie di tutti i tribunali civili per essere affisse nella sala pubblica d'aspetto, previa trascrizione in registro apposito, che può essere esaminato da chiunque ne faccia domanda, il tutto nei modi stabiliti dal regolamento.

Annotazioni.

La determinazione di questa legge può aversi quale ulteriore prova a dimostrare che l'interdizione o inabilitazione non è praticamente attuata se non quando la sentenza sia passata in giudicato.

TITOLO VII.

DELLA RETTIFICAZIONE DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE

Articolo 845.

Sulle domande per rettificazione degli atti dello stato civile si provvede in camera di consiglio sentito il ministero pubblico.

Il tribunale può ordinare la comparizione delle parti interessate e la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per il suo parere.

Articolo 846.

Le sentenze di rettificazione sono trascritte sui registri dello stato civile, senza fare alcuna variazione sull'atto rettificato, salvo l'annotazione a norma degli articoli 359 e 403 del codice civile.

Annotazioni.

1. Nel Titolo XII del Libro I del Codice civile sono accuratamente descritti gli atti dello stato civile. Poco dopo la pubblicazione del Codice civile ch'ebbe luogo col R. Decreto del 25 giugno 1865, fu promulgato un altro R. Decreto (15 novembre 1865) *concernente l'ordinamento dello stato civile*. Quell'ordinamento è una completa illustrazione e un ampio commentario delle nozioni fondamentali consegnate nel Codice; contiene le regole di tutto quanto riguarda l'attuazione e l'esecuzione pratica della legge dello stato civile. Per re-

stringerci a quella sola parte a cui ha relazione questo breve tratto della procedura, diremo primieramente che la *rettificazione degli atti dello stato civile* non si ha a confondere coi *cangiamenti* o *aggiunte di nomi e cognomi*, che è materia del titolo VIII del citato Regolamento; nè colle *verificazioni dei registri dello stato civile*, oggetto del titolo IX. Nè gli uni, nè le altre pertengono all'ordine giudiziale, benchè i primi siano vere innovazioni portate nei registri, e le seconde possano anche preparare o render necessaria la rettificazione.

2. *La rettificazione propriamente detta è una mutazione che si vuol introdurre nel materiale storico* dei registri e degli atti dello stato civile; e dicesi *rettificazione*, mettendosi nel punto di vista del richiedente che asserisce e in buona fede, io suppongo, reputa corso un errore, o verificarsi un'omissione che nuoce alla condizione sua, e più o meno favorisce quella di un'altra parte. Noi abbiamo leggi nate in breve tempo l'una appresso l'altra, e si danno, per così dire, la mano (*), che proclamano la necessità di un giudizio e di una decisione del magistrato giudiziario.

La competenza di questo magistrato è determinata nel Codice civile. « Le domande di « rettificazione degli atti dello stato civile de- « vono essere proposte *davanti il tribunale* « *da cui dipende l'uffizio dello stato civile ove* « *si trova l'atto di cui si richiede la rettifica-* « *zione* » (articolo 401) (**). Il Regolamento, a sua volta, assume le funzioni del Codice di procedura; e nell'articolo 133 dichiara « che « le rettificazioni degli atti dello stato civile « si fanno in forza di sentenze dei tribunali « passate in giudicato, colle quali si ordina al- « l'uffiziale dello stato civile di rettificare un « atto già esistente nei registri, o di ricevere « un atto omesso. Le annotazioni in margine « si ricevono per disposizione di legge, di re- « golamento o di sentenze » (***). Si scorge che alcune *rettificazioni* non sono che modificazioni, altre non sono che schiarimenti; altre sono *cambiamenti*, ma personali o famigliari, e non interessano il diritto.

L'articolo 134 del Regolamento riproduce esattamente il disposto dell'articolo 401 del Codice civile. « La rettificazione di un atto è « domandata dalle parti che vi hanno interesse « *al tribunale del luogo in cui si trova il regi-* « *stro di rettificazione* ».

3. Dichiara l'articolo 845 della procedura che *il tribunale provvede in Camera di consiglio;* la istanza può esser fatta *d'ufficio* dal pubblico Ministero, *chiamate però le parti interessate* (articolo 134 del Regolamento). Invece l'articolo 845 della procedura (capoverso) dice che il tribunale *può ordinare la comparizione delle parti interessate.* Nel Regolamento sarebbe un obbligo; nella procedura sarebbe una facoltà. Vedremo più sotto se tutto ciò sia conciliabile. L'interesse delle parti potrà essere difatti il più vivo; potranno sorgere controversie ardenti e delle più arduc e scompigliate che mai si veggano correre pel fòro.

La quale avvertenza ci richiama un tratto sulla importanza di *una rettificazione dello stato civile;* e ci conduce a risultamenti che oltrepassano la breve cerchia di queste sparse disposizioni.

Sotto il velo di una rettificazione dello stato civile può coprirsi una questione di stato matrimoniale o di figliazione, e possono celarsi i più vitali interessi di famiglia, di nobiltà, di successione e di esistenza civile. I registri dello stato civile sono monumenti storici dell'essere di ogni cittadino; lo specchio in cui ciascuno può mirare se stesso nelle sue relazioni personali colla natura, colla società e collo Stato. Il preteso coniuge che trova nei registri il nome di un altro, e perciò l'annunzio di un falso matrimonio, domanda la rettificazione dello stato civile, e la surrogazione del proprio nome. Il figlio naturale che si pretende legittimo per entrare di sbieco nella famiglia del genitore, domanda la rettificazione dello stato civile e l'aggiunta di lui agli altri figli legittimi. La legge si passa di tutto questo, e dice che *il tribunale provvede in Camera di consiglio.* Siamo sicuri che gli interessati saranno chiamati a contraddittori, e così entreremo in

(*) Articoli 401, 402 del Codice civile; articoli 133, 134 del Regolamento 15 novembre 1865; articoli 845, 816 del Codice di procedura civile.

(**) Competenza speciale che non può rassegnarsi a veruna di quelle categorie, che nel loro insieme rappresentano l'ordinamento delle giurisdizioni (Sezione I, II e III del Capo I, Titolo II, Libro I), e che non essendo riferita in verun luogo della procedura, è senza dubbio una lacuna o un difetto del Codice stesso di procedura.

(***) Di *annotazioni in margine* fanno menzione gli articoli 93, 96, 107, 125 del Regolamento suddetto: i tre primi specialmente accennano alle sentenze che hanno autorizzato il cangiamento, restando per tal modo integro il corpo della scrittura, onde ognuno può sempre leggervi il mutamento, e dal confronto intenderne l'oggetto. Le annotazioni *per legge* o *regolamento* sono quelle che non adducono un vero cangiamento, che non hanno quindi d'uopo di pronunciazione di un'autorità qualunque: qualche omissione di un'indicazione necessaria: l'articolo 93 parla dell'*annotazione in margine*, dell'*atto di opposizione* sul processo verbale, di *richieste delle pubblicazioni* del matrimonio: che è un dovere dell'uffiziale dello stato civile. Vi è ancora un annotamento che inchiude una sostanziale mutazione, ed è quella indicata dall'articolo 124 (cambiamento o aggiunta di nome e cognome), che si fa in virtù di Decreto Reale. Tutti questi infatti sono modi di esecuzione,

quella terza categoria che si accenna al n° 3 della procedura. Ma in Camera di consiglio non possono nè denno sciogliersi le grandi questioni or ora accennate.

Vi hanno *più maniere di rettificazioni dello stato civile.* La domanda può aver più o meno un precedente giuridico; può essere più o meno dimostrata; avere più o meno d'importanza. La questione del matrimonio o della figliazione, riuscita a tale e giudicata in guisa che l'enunciato del libro dello stato civile più non risponda alla verità e debba mutarsi, ha prodotto quindi la necessità della *rettificazione materiale;* la domanda deve sempre proporsi al magistrato speciale designato dall'art. 401 del Codice civile. Se non che in questo caso la rettificazione si presenta *in forma di esecuzione* della regiudicata. Il tribunale non ha che a verificarne il contenuto e applicarne la disposizione. Può non aversi precedente giudiziario, nessuna decisione: ma sonosi riscontrati errori materiali di nomi, di tempo, di forma, la cui correzione eccede la facoltà, sempre ristretta, dell'uffiziale dello stato civile. Ebbene bisogna rivolgersi al tribunale (*). Finalmente si domandano rettificazioni, ma queste dipendono dal determinare diritti contenziosi di più o meno grave natura; *il tribunale allora rinvia la questione alla sede competente* per il giudizio del diritto, esaurito il quale, egli sarà invocato per la rettificazione, *mentre l'uffiziale dello stato civile non riceve ordini che da lui,* direttore e capo immediato.

Consultando l'articolo 133 del Regolamento, noi troviamo una forte espressione, *le rettificazioni,* ecc., *si fanno in forza di sentenze dei tribunali passate in giudicato;* espressione che sembra denotare un giudizio ordinario, solenne, circondato di quelle guarentigie nelle quali trovano ragione di essere e la loro suprema potenza le cose giudicate. Ma passando di poi al nostro articolo 845, il campo sembra restringersi. La libertà della difesa è pressochè nulla. Un ricorso in forma stragiudiziale; una pronunzia in Camera di consiglio e quasi segreta; una facoltà nel tribunale di chiamare o no le parti interessate; di convocare o no un Consiglio di famiglia (**). Non è in questo modo, di una semplicità primitiva, che si risolvono così gravi affari.

Concludiamo adunque; che il tribunale al quale è portata una domanda di *rettificazione di atti dello stato civile,* deve prender cognizione e penetrarsi della gravità della questione giuridica, che può nascondersi in quella, e dovrebbe decidersi prima di venire al fatto monumentale del cambiamento dei registri per la modificazione che si è scoperta nell'essenzialità civile delle persone che vi sono scritte. A dispute più facili, meno interessanti e prontamente dimostrabili, il tribunale può e deve dare ascolto e pronunciare in Camera di consiglio.

4. Aggiungiamo un altro argomento per mettere vieppiù in sodo questo che noi crediamo l'unico modo di applicazione legittima che possa avere l'articolo 845.

Si legge nell'articolo 403 del Codice civile: « La sentenza di rettificazione non potrà mai « essere opposta a quelli che non concorsero « a domandare la rettificazione, o non furono « regolarmente chiamati in giudizio ». Si viene da ciò inferendo, che non è possibile supporre che una controversia di stato personale sia soffocata fra le braccia di un magistrato che siede quasi in disparte da coloro che hanno diritto a disputarne con ogni mezzo di prova; che non giudica, *ma provvede sentito il pubblico Ministero* (quasi in famiglia); alle cui sentenze non sono affisse forme garanti; ove pur anche l'appello, non bene definito, non sarebbe che la ripetizione dello stesso giudizio compendioso e quasi privato. Si comprende che una *rettificazione* materiale, più o meno importante, ordinata in tal guisa, non possa assumere grado di cosa giudicata *quoad omnes,* come una vera *azione pregiudiziale* (***), ma si comprende ancora che per acquistare giuridicamente *et universali jure* ragione di figlio legittimo, escluso che lo fossi dalle sacre pagine del libro di nascita, dovrei far valere le mie azioni in quei ampii e più solenni modi che sono prescritti nelle leggi, nè potrei traforare per lo sdruscito di un registro di atti civili, sotto specie di rettificare l'errore che vi era sfuggito (****).

(*) Vedremo un po' più avanti che la mozione d'ufficio del pubblico Ministero cade ordinariamente su questo punto.

(**) Che in molti casi non avrà ragione di esser convocato.

(***) « Dicuntur præjudiciales (actiones) *ratione contingentiæ*, quando causæ ita se contingunt ut sententia « lata in una faciat præjudicium et pariat exceptionem « rei judicatæ in alia... dicuntur actiones præjudiciales, « *quando agitur de statu personæ alicujus...* » (Ortolan, ad tit. de actionibus § 13 de instituit). Non si può esser *figlio* rimpetto ad uno, e rimpetto ad un altro no; come non si poteva ad un tempo esser liberto verso quelli che gli avevano disputata in giudizio quella qualità, restando schiavo rimpetto a coloro che non erano intervenuti in giudizio.

(****) Se la qualità di figlio fosse dedotta da tutt'altro che da un giudizio o da sentenze, ma dall'atto della ricognizione paterna ammessa dalla legge (esempio l'articolo 383 del Codice civile), siamo d'accordo che più non resterebbe fuorchè la sentenza del tribunale nei precisi termini del nostro articolo 845.

Noi vediamo ora a che si riducono *quelle sentenze passate in giudicato*, alle quali l'articolo 133 del Regolamento si riferisce, e quale ne sia il limite. E in questa sfera d'azione *si restringe eziandio l'iniziativa del pubblico Ministero*. Ciò che si dice di lui nell'articolo 134 dei Regolamento, non può estendersi oltre quelle correzioni dei registri che non implicano una indagine e una cognizione profonda delle relazioni di diritto, malgrado il debito che gli è imposto di chiamare *le parti interessate*, *e senza pregiudizio dei loro diritti* (*).

5. *Dell'appello* o *reclamo*.

L'articolo 845 non fa parola nè dell'uno, nè dell'altro. Si dirà che poco importa, ritenendosi applicabile, com'è il vero, la disposizione generale dell'articolo 781.

Se non che fu ivi osservato non essere al reclamo prefisso dalla legge alcun termine (**); e la ragione fu questa, non esserci propriamente un contraddittore i cui diritti fossero limitati da sentenza, la quale potesse imporsi colla virtù di cosa giudicata. Laonde il *reclamo* suole sempre provenire dalla parte istante che non trovò la sperata adesione nel magistrato? Diremo lo stesso anche qui dove può esistere contraddittore, se al tribunale piacque d'invitare le *parti interessate*, e siano intervenute? A questo si rispondo che mancando ogni precetto, ogni sanzione espressa, senza cui non può essere decadenza o nullità, saremo ancora allo stesso punto di non aver termine al reclamo. Volendosi procedere con ogni cautela, si dovrebbe costituire in mora l'avversario, userò questa formola non del tutto esatta nel tema, scorso il quale senza aver introdotto il reclamo, si passerà ad eseguire il decreto effettuando la materiale rettificazione sui registri.

6. Faremo un'ultima osservazione sull'articolo 137 del regolamento, così concepito: « I « tribunali del regno sono competenti a ret« tificare gli atti dello stato civile ricevuti da « autorità straniera, quando questi furono tra« scritti negli atti civili del regno ».

E qui pure verrebbe acconcio il domandare perchè un pronunciato di sì gran momento si lasci, per così dire, vagare fuori del corpo delle leggi emanate dal potere legislativo: subbietto fors'anche di non lievi obbiezioni nelle contestazioni forensi. Può nondimeno addursi in difesa, che codesto disposto deve più presto considerarsi esplicativo o dichiarativo di principii generali pertinenti al diritto pubblico dello Stato, che attributivo di una giurisdizione non preesistente e nuova. Le forme degli atti sono in dominio del luogo ove prendono vita (locus regit actum); e il correggerle, come il mutarne l'estrinseca veste, o sia ingiunto da una legge generale del regno, o sia reso necessario da qualche particolare circostanza, è nei poteri ingenuiti dello Stato; non potrebbe venir contraddetto da giurisdizione straniera. Si pone nell'articolo l'ipotesi di *atti ricevuti da autorità straniera*. Un atto di morte, un atto di matrimonio, può esserci tramandato da *un'autorità straniera*, dalla quale riceviamo l'autentica notizia e anche, se vuolsi, l'atto bello e fatto; *ogni rettificazione che non alteri l'integrità intrinseca dell'atto*, ogni rettificazione estrinseca, materiale, necessaria o per servire alla legge, o per servire alla chiarezza e alla verità, non ispetta meno al ministero dello Stato. Se la iscrizione invece nei libri dello Stato siasi effettuata *in esecuzione di una sentenza di tribunale straniero*, la rettificazione uffiziale potremo sempre farla guardando quei limiti, e sarà adito il tribunale speciale a questa materia (articolo 401 del Codice civile). *Ma se i rapporti di diritto dovranno cangiarsi* sì che il movimento sui registri non ne sia che la dimostrazione e la conseguenza, l'articolo 846, in coerenza alle cose superiormente dette, non sarebbe più applicabile.

(*) Articolo 134, capoverso. « Il pubblico Ministero « deve promuover d'uffizio le rettificazioni delle irre« golarità che sono state accertate nelle verificazioni ese« guite a norma degli articoli 126 e 129 del presente « Regolamento, e 365 del Codice civile, e può anche « promuoverla d'ufficio negli altri casi, se la rettifica« zione è d'interesse pubblico; chiamate poi sempre le « parti interessate, e senza pregiudizio dei loro diritti ».

(**) Massima ritenuta anche dalla nostra Corte di cassazione in una decisione dell'11 gennaio 1866, ricorso Costa — relatore Canina.

TITOLO VIII.

DEL PROCEDIMENTO RELATIVO ALL'APERTURA DELLE SUCCESSIONI

CAPO I.

DELL'APPOSIZIONE E DELLA RIMOZIONE DEI SIGILLI

OSSERVAZIONI GENERALI

« Un regolamento che assicuri la materiale esistenza degli effetti mobiliari, documenti e carte della successione; che detti norme e riti facili e spediti per constatarne la quantità e qualità, e, quando sia d'uopo, il valore; che provvegga alla distrazione dei beni ereditarii se l'erede non è libero, poichè ammesso a godere del benefizio dell'inventario è soggetto a vincoli correlativi, a rispetti, a cautele interessanti il corpo dei creditori ipotecarii; che moderi e governi la disposizione della sostanza fra i varii e moltiplici interessi della successione; che finalmente assegni alle eredità disoccupate (giacenti) tutelare rappresentanza, prescrivendo l'indirizzo e il limite della sua azione, tutto questo è importante; è quel complesso di disposizioni che sono contenute nel presente Titolo » (*Commentario al Codice sardo*, anni 1854-1859, vol. v, parte II, pag. 201).

SEZIONE I.

Dell'apposizione dei sigilli.

Articolo 847.

Quando si faccia luogo all'apposizione dei sigilli vi procede il pretore.

Nei comuni in cui non ha sede il pretore, i sigilli possono essere apposti, in caso di urgenza, dal conciliatore, il quale ne trasmette immediatamente il processo verbale al pretore.

Annotazioni.

Estensione di questa disposizione.

La formola dell'articolo 847 tende a generalizzarsi: *quando si faccia luogo all'apposizione dei sigilli.* Al che si può obbiettare che l'epigrafe del Titolo non riguarda che l'*apertura delle successioni* onde la formola prende un significato restrittivo. Ma fu già per altri autori riflettuto, che non contenendosi negli ordini del rito che queste norme di procedere in fatto di apposizione e levata de' sigilli, non

si poteva attingere che a questa sola fonte la regola anche per i casi non mentovati.

Diligentemente il CARRÉ ci ha indicati gli altri casi in cui si ha mestieri di custodire dei mobili, appiccandovi i suggelli. E sono: 1° assenza presunta: deficienza di custodi (articolo 21 del Codice civile italiano); 2° separazione di corpo o di beni (*); 3° interdizione, se l'urgenza lo richiegga. E su ciò non può cader dubbio; 4° se trattasi di sequestrare carte e documenti presso un terzo che intanto si trovi assente. L'usciere che non può trasportare le carte, vi pone i sigilli; 5° fallimento (art. 546 del Codice di commercio); 6° caso di morte e di successione ereditaria, che è l'attuale.

Articolo 848.

L'apposizione dei sigilli può essere richiesta:

1° Da coloro che possono aver diritto alla successione;

2° Dall'esecutore testamentario;

3° Dalle persone che dimoravano col defunto, o che erano addette al servizio di lui, se il coniuge, gli eredi o alcuno di essi siano assenti dal luogo;

4° Dai creditori che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione dal pretore, il quale non può ricusarla senza cause gravi al creditore munito di titolo esecutivo.

Chi domanda l'apposizione dei sigilli deve eleggere domicilio nel comune o nel mandamento in cui si deve procedere, coll'indicazione della persona o dell'uffizio presso cui lo elegge. Se vi abbia domicilio o residenza, può invece dichiarare la casa in cui ha l'uno o l'altra.

Annotazioni.

1. *Atti conservatorii mediante il sigillamento; varie categorie di atti conservatorii.*

Vi hanno *atti conservatorii* che implicano affermazione ed esercizio di diritti; ed altri che hanno per oggetto l'utilità soltanto in vista di un interesse più remoto, o anche in vista di un interesse generale. I primi, sotto l'aspetto, per dir così, seducente di conservare e di non pregiudicare alcuno, limitano in effetto il diritto altrui, ed estendono il proprio. Tutti quegli atti conservatorii che noi esercitiamo contro chi ci si pone contro, quale avversario, sono della prima maniera. È vecchio ditterio che bisogna in un qualche modo provare il *bonum jus;* così nel caso esemplato da CARRÉ non si potrebbero sequestrare (chè tale è l'effetto della sigillazione) i mobili del coniuge contro il quale si è mossa l'azione di *separazione dei beni*, ove non si mostrasse dal canto suo un principio di buona ragione. La sequestrazione a cui soggiace nel suo patrimonio mobiliare il fallito è quella restrizione di libertà reale che è il primo e doloroso prodotto del suo fallimento: cioè la *imposizione del diritto altrui.*

Vi ha *un altro ordine di atti conservatorii*, che è quello del n° 1 del presente articolo. In questo esercizio non si afferma propriamente *un diritto ostativo e limitativo di un altro diritto;* ma in un interesse meno concreto e più remoto, si adopera per la salvezza dei beni mobili che costituiscono o tutto o in parte l'ente ereditario. La sostanza è abbandonata dal defunto: non vi è chi lo rappresenti continuando visibilmente il possesso di lui (**). Chi agisce e fa istanza per la sigillazione e custodia di essi, non procaccia a sè il vantaggio di una posizione giuridica e migliore, qualunque; non toglie ad altri veruna facoltà di possesso, godimento, disponibilità; giova infine a tutti coloro che hanno diritto nella successione.

Havvi finalmente *una terza classe d'atti conservatorii*, che si manifesta sotto la forma della sigillazione dei mobili, che astrae da qualunque interesse personale, e non ha per oggetto che il bene e l'utile di terzi; atto che può essere un dovere legale; o semplicemente un ufficio filantropico e umano, al tutto degno di onore.

È un dovere legale se si esercita dal pubblico Ministero, che ha la nobile missione di sostituirsi procuratore ai negozi di coloro che versano in luoghi lontani, impotenti ad atten-

(*) L'articolo 869 del Codice di procedura francese permette *atti assicurativi* sui rispettivi beni dei coniugi, e quell'articolo suol citarsi di preferenza per appoggiare questa deduzione, abbracciata anche da CARRÉ. L'articolo 1418 del Codice civile italiano ha quanto basta per autorizzare in date circostanze il sigillamento.

(**) Siamo ora in questa ipotesi: più avanti ragioneremo in una ipotesi diversa.

dervi; ma la legge, come vedremo all'art. 849, descrive e misura i suoi passi, non permette una iniziativa, a dir così, troppo curiosa, una intromissione troppo spontanea negli affari dei privati quando o vi abbia chi possa tutelarli, o qualche elemento superiore non si appalesi a giustificarne l'azione. Intanto la legge consente volontieri questa ingerenza benefica *alle persone che dimoravano col defunto*, o *che erano addette alla persona di lui*, che è il caso del n° 3 dell'articolo 848.

2. *Della dimostrazione dell'interesse per colui che può aver diritti nella successione.*

Ognuno *che invoca l'autorità del magistrato giudiziario* deve indossare la sua veste giuridica: *quis es?* È sempre la prima domanda che si fa a chi batte a questa porta. Quando non si ha un interesse personale, che è la chiave di tutte le azioni, bisogna mostrarne uno che vi è affidato direttamente dalla legge, senza imporvi però una obbligazione che come tale non avrebbe causa; è infine l'interesse della stessa legge. Se dessa non autorizzasse le persone indicate nell'articolo 3 a richiedere l'autorità per l'apposizione dei sigilli, indarno si allegherebbe il pio desiderio di giovare agli eredi, qualunque siano. Ogni uomo può fare il bene, e come gli potrebb'esser vietato? Se trova le greggi vaganti e disperse e le raccoglie ne' suoi stabularii; se scorge nella deserta casa del defunto carte preziose, oggetti di valore, facile preda di nibbii rapaci, e le ripone per guardarli ne' suoi forzieri, sia lode all'onest'uomo: serve alla legge morale, non esercita atti giuridici. L'atto giuridico è sempre l'esercizio di un diritto. Benchè la sigillazione di enti ereditarii non contenga necessariamente l'affermazione di un diritto proprio, limitativo di un altro diritto, tuttavia la legge preferisce colui che ha un interesse civile a chi non ha che un interesse morale, quantunque fondato nella stessa legge civile; e non abilita i domestici del defunto, *se non nell'assenza del coniuge* o *degli eredi.*

Ora portiamoci ancora all'esame del n° 1 dell'art. 848. Osserviamo la larghezza della sua formula: *coloro che possono aver diritto alla successione.* L'articolo 909 del Codice di proced. franc. usa questa espressione: « Tout « ceux qui prétendront avoir droit dans la « succession ou dans la communauté » (*). Non vi ha differenza nel concetto; ma l'allontanare l'idea di una *pretesa alla successione* in questo fatto conservatorio ha giovato alla esattezza ideale, e ha prodotta una dizione anche più comprensiva. Se non temessi nota di soverchia scrupolosità nelle parole, alle quali però, in tema di leggi segnatamente, io soglio attribuire un gran valore, mi piacerebbe veder corretta la espressione *diritto alla successione*, adottando invece la francese, *nella successione;* rammento che LEVASSEUR (*Manuel des juges de paix*) ne dava lode al redattore, facendosi luogo anche ai successori singolari, ai legatarii, donatori parziali, ecc. Tuttavia il senso della disposizione è lo stesso, e non ci può esser dubbio.

Non è mestieri venir enumerando i titoli alla successione totale o parziale, o compartecipazione dei beni ereditarii, che potranno allegarsi per esercitare quella facoltà. Gli eredi testamentarii; gli eredi legittimi, eziandio in confronto di un testamento, se il testamento non è riconosciuto, o si abbia in animo di chiederne l'annullamento; il donatario, il sostituito, l'usufruttuario, ecc. Secondo CARRÉ (quest. 3064) e PIGEAU (*Commentaire*, t. II, pag. 615 e 616) anche i *figli naturali*, ai quali qualche parte si devolve della eredità, sono abili a fare questa domanda.

Dichiarare quale sia l'interesse che può allegarsi, non è stanziare sulla prova. L'allegato interesse dovrà provarsi? La seguente proposizione del CARRÉ non pare credibile. Il richiedente, egli dice, non dee provar nulla. « Nous « entendons qu'il suffit qu'elle requière l'appo- « sition *sous une des qualités mentionnés dans « l'article*, sauf à discuter ensuite la légitimité « de son droit » (quest. 3066). Ma con parecchie decisioni sorgono in opposto CHAUVEAU, FAVARD DE LANGLADE ed altri, che giustamente osservano che ognuno potrebbe pigliarsi questo diletto di far sigillare i mobili della eredità senz'altra pena che di asserire un titolo. Fra la prova rigorosa del titolo e la nuda asserzione, un mezzo vi ha certamente che deve seguirsi. Il pretore dovrà starsi contento a lievi dimostrazioni, ma pure alcune bisogna presentarne: una certa persuasione deve apparire all'animo suo, e sopratutto *deve guardarsi dal ferire diritti che si fossero ad altri acquistati.*

In questa delicata ricerca, noi spieghiamo volontieri la parola *diritto* nel semplice rapporto del possesso. « Il possesso dei beni del « defunto passa di diritto nella persona del- « l'erede, senza bisogno di materiale appren- « sione » (articolo 925 del Codice civile) (**).

(*) Comunione coniugale; combinazione, com'è noto, assai coltivata nella legislazione francese.

(**) *Le mort saisi le vif*, è oggidì un'assioma, come si dice nel ragguardevole commento dei signori CAT-

Bisogna rammentare anche l'articolo 926: « Se « altri che pretende aver diritto sopra i beni « della eredità, ne prende possesso, gli eredi « si hanno per ispogliati di fatto, e possono « esercitare le azioni tutte che competano ai « possessori legittimi ». Dopo ciò può assumersi il tema seguente.

3. *Della facoltà di chiedere la sigillazione, considerata nei rapporti col possesso della eredità.*

La sigillazione, come modo di custodia e di conservazione, può essere chiesta *anteriormente ad ogni possesso*; o *in conseguenza e come una forma dell'esercizio del possesso stesso.* Riteniamo queste due basi. Osserviamo come si verifichi tale condizione di cose.

Per certo la ipotesi del n° 3 di questo articolo 848 non può verificarsi che *prima di ogni possesso*, almeno conosciuto (*). Prescindendo da queste persone che agiscono per senso di umanità, altri vi ha che muovendosi per un certo interesse nella successione, confessa non avere il possesso mentre ha bisogno di rivolgersi al magistrato all'effetto di custodire i beni; e trovandolo vacuo questo possesso, egli non intende di rivestirsene. Altre sigillazioni invece *susseguono*, *non precedono il possesso*; e qui una suddivisione. Ora la domanda affinchè segua la sigillazione (che deve sempre dirigersi al magistrato)(**) *è un modo di esercizio del possesso medesimo, e lo presuppone*; ed ora *suppone invece il possesso altrui.* È un esercizio del possesso nel caso del n° 2 del nostro articolo. Perchè l'*esecutore testamentario* procede all'atto della sigillazione? Perchè vi è un testamento che investe di possesso gli eredi; perchè esso li rappresenta; perchè insomma è in possesso, e fa un atto di buona amministrazione. I creditori invece, mentovati al n° 4, non aspirano al possesso, non lo asseriscono; ma fanno punto d'appoggio alla loro domanda *il possesso dell'erede*, almeno nelle condizioni ordinarie, il che mi farò a spiegare in qualche numero successivo.

Poste così colla brevità che mi è imposta codeste distinzioni, le sigillazioni *antipossessoriali* non hanno più luogo appena il possesso giuridico, quello cioè che compete *de jure* agli eredi in forza di leggi, abbia acquistato il suo carattere esteriore e mantenibile; più non si ascoltano quelle domande che furono trovate buone, utili e anco lodevoli, quando si trattava di sostanze abbandonate, e in pericolo di logorarsi o perire. L'erede creato dalla legge o dal testatore, come dimostri animo e volontà di possedere, e si manifesti possessore gerendo come tale, respinge qualunque velleità di pretendenti che mai volessero ricorrere alle norme di questo titolo sotto pretesto di pericoli per le cose ereditarie. Pertanto *quell'atto di sigillazione che non aveva carattere possessorio* mentre il possesso era vacuo, ora che il possesso è pieno, sarebbe o *una turbativa di possesso*, o *una limitazione giuridica del possesso medesimo.*

Sarebbe una *turbativa* quando la sigillazione non fosse l'effetto di una posizione legale, e di una sentenza (***). Ma potrebb'essere *una limitazione giuridica del possesso medesimo*, ed è ciò che veniamo a vedere rispetto ai creditori.

4. *Del diritto dei creditori onde procedere alla sigillazione degli enti ereditarii.*

Ho detto di sopra (n° 3 di questa nota) che i creditori chiedenti l'apposizione dei sigilli, *per l'ordinario*, si appoggiano nello stesso possesso degli eredi. Il creditore non esercita un'azione reale su cose mobili (salvo rarissimo caso di un diritto reale); il creditore, facendo eseguire la sigillazione, *esercita una azione personale.* È d'uopo *che si conosca l'erede*, e questo erede si trovi, collo spirito almeno e colla volontà, tenere a sè quegli effetti dei quali si teme la dispersione. Non potrebbe altrimenti percepirsi *il rapporto di creditore e di debitore*, e questa specie di sequestro non potrebbe effettuarsi. Il magistrato che deve accordarne la permissione (art. 848, n° 4) non vorrebbe attribuire un diritto, che rispetto ai creditori ha una gravità molto maggiore, se non fosse assicurato che il debitore è anche l'erede.

Ora è a vedere che qualità o titolo abbiano a rivestire i creditori ai quali un tal diritto

TANEO e ROEDA, in fatto di legislazione successoria moderna, a differenza dell'antico sistema romano. Questo punto storico è dottamente discorso nelle Annotazioni all'articolo 925.

(*) Mi esprimo così, mentre per lo indicato art. 925 del Codice civile un possesso giuridico ci sarà, dacchè supponiamo la esistenza di un erede qualunque: possesso che non si presenta ancora coi caratteri estrinseci del fatto che il magistrato pienamente ignora.

(**) Volendosi proprio una custodia in forma di sigillazione, il solo magistrato può autorizzarla e regolarla.

(***) Perciò chi asserisce un diritto qualunque nella successione, legatario ed altri, non si rivolge più al pretore per gli effetti dell'articolo 847, ma promuove le sue azioni in sede contenziosa o termini di ragione. « Si le légataire universel (erede) a été institué par « un testament authentique, il a la saisie de droit et « de fait, et les héritiers non réservataires *ne pourraient* « *requérir l'apposition des scellés*, si ce n'est en cri- « tiquant le testament » PIGEAU, tom. II, pag. 816, 817). Ma ponete mente che si parla di *testamento autentico*,

appartiene. Teniamo conto di alcune mutazioni legislative.

L'art. 909 della procedura francese: « L'apposition des scellés pourra être requise..... « 2° par tous créanciers *fondés en titre exécutoire ou autorisés par une permission soit « du président*, ecc. » (identico l'articolo 986, n° 2 del Codice di proced. napoletano). L'articolo 1039 del Codice sardo del 1859 diceva: *quei creditori che ne avessero ottenuta la permissione anche verbale del giudice.* L'ultima legge usa un'altra e riflessibile formola: ... *dai creditori che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione del pretore, che non può ricusarla senza cause gravi al creditore munito di titolo esecutivo.*

Per la legge francese *titolo esecutorio* o *permesso del giudice* è la stessa cosa. Se non che il *titolo esecutorio* statuisce al creditore un diritto.

La legge sarda non escludeva la forza che un titolo esecutivo avrebbe potuto esercitare sulla persuasione del giudice; ma sembrando non voler distinguere un motivo dall'altro, lasciava ogni facoltà di deliberazione al giudice stesso.

La legge attuale riproduce nel suo primo periodo la medesima facoltà, ma nel secondo, nell'apparente aspetto di un'ampliazione, inchiude una limitazione.

Farò aperto il mio pensiero. Il pretore, si dice, *non può ricusare l'autorizzazione senza cause gravi.* Ma tosto soggiunge, *al creditore munito di titolo esecutivo.* Il pretore può dunque non acconsentire alla sua domanda malgrado la posizione di diritto nella quale il creditore si trova in faccia al debitore. Che diremo adunque di quei creditori che non hanno titolo giudicato e forse neppure scaduto?

Spingendo l'analisi, si possono venire adombrando le varie applicazioni di questo testo, in quanto hanno una certa proporzione o rapporto collo stato del processo.

La legge non richiede come condizione assoluta nel creditore il possesso di un titolo esecutivo, mentre talvolta questo medesimo possesso non basta. Ciò dipende, come io testè diceva, dalla varia posizione delle cose. Se mi figuro una eredità composta in tutto o in gran parte di effetti mobili; uno stabilimento industriale ove si hanno macchine, attrezzi, manifatture, sostanze e materie che servono alla fabbricazione, istrumenti, ecc.; e con essi carte, registri, libri di negozio, ogni cosa esposta per la improvvisa morte del proprietario o conduttore, se si presenta un creditore notevole, urgente, privilegiato, avendo egli fornito in gran parte il danaro che fu necessario all'acquisto di quei capitali, il locatore dello stabilimento con fitti scaduti o prossimi a scadere, e via discorrendo, un tal creditore, in siffatte condizioni del patrimonio, non potrebbe, come ognun vede, essere respinto in una domanda assicurativa. Eppure *non è munito di titolo esecutivo.* Posso anche supporre che i suoi titoli di credito siano meno urgenti di quelli che ho supposto; e nondimeno una ragionevole latitudine è lasciata alla saviezza del magistrato.

Ma per solito questa misura preventiva e precauzionale dei sigilli è chiesta da altri interessati; il patrimonio ha già un possessore, benchè l'inventario non sia ancora compilato, benchè penda il termine a deliberare e la eredità non sia definitivamente fissata nel possessore. Le cose tuttavia *non sono abbandonate*, e vi è chi ne risponde. Il creditore che paventa pericoli, che vuole affrettare le operazioni, *promuove la istanza dell'apposizione dei sigilli.* Ma è chiaro che in tal caso egli esercita sul patrimonio una specie di pressione a pregiudizio del possessore, limita l'uso e il godimento che questi ritiene, si mette insomma in opposizione coll'altrui apparente diritto. Deve adunque presentare titoli di credito tali, alla evidenza dei quali non si possa per così dire resistere. Egli ha un *titolo esecutivo*, una sentenza passata in giudicato. Egli è fondato nella sua pretesa. Con tutto questo non ha un'azione libera e indipendente: il giudice *può ricusare l'autorizzazione.* Gravi e giuste cause sarebbero: la inutilità della sua domanda ove il patrimonio apparisse competentemente assicurato; ove ricca fosse la sostanza e tenue il credito; ove il credito fosse consolidato da altre garanzie; ove apparisse uno spirito di emulazione e vessatorio.

Da uno stato di esposizione e di abbandono sono passato allo stato di occupazione del patrimonio ereditario; ho notato come anche in questo secondo il creditore possa conseguire la *sigillazione*, ma abbia d'uopo di spiegare più potenti titoli di credito.

Finalmente se guardisi lo stato definitivo del patrimonio nell'erede, non resta al creditore che l'esercizio ordinario delle sue azioni, e la facoltà, come sia di ragione, di mandare ad effetto il suo titolo esecutivo.

Intanto nasceranno delle dispute e converrà osservare il modo di procedere, il che faremo parlando dell'art. 850.

5. *Della successione per testamento olografo, e degli eredi legittimi.*

Vi è dunque per le cose esposte, nel processo di apposizione di sigilli implicata, sottin-

tesa o possibile, una questione di possesso. La legge non assegna che un solo limite perentorio alla domanda e all'esercizio di questa misura, come vedremo nell'art. 854. Vi hanno nondimeno limiti razionali che dividono, per così esprimermi, una zona di diritto dall'altra. In confronto di un *possesso legittimo*, di un possesso *che presenti sufficiente garanzia di custodia*, il magistrato non darebbe facile corso al sigillamento, e l'atto potrebbe annullarsi.

L'erede si trova o no in possesso? O con altra formola: *continua egli il possesso del defunto?* Nel punto di vista giuridico (*), gli eredi legittimi, gli eredi testamentarii *che posseggono titoli autentici, riconosciuti dalla legge*, e che per esserlo non hanno d'uopo di fatto d'uomo, verificano fuor d'ogni dubbio il pronunciato generale di ragione. « Il possesso continua di « diritto nella persona del successore a titolo « universale » (articolo 693 del Codice civile). Abbiamo un altro testo che si dedica alla forma del possesso, perpetuo scoglio di questa materia. « Il possesso dei beni del defunto passa di « diritto nella persona dell'erede, *senza bisogno di materiale apprensione* » (art. 775 del Codice civile). Siamo già molto avanti per ritenere che rapporto *ai testamenti olografi* non possa giudicarsi altrimenti.

Il testamento olografo, per molti anni bandito da pressochè tutti i fóri italiani, è ricomparso: elemento liberale o progressivo, secondo alcuni; sorgente di pericoli e pascolo di falsarii, secondo altri. Checchessia, il testamento olografo nasce privato e si fa pubblico mediante le formalità, indispensabili o rigorose, dell'articolo 912 del Codice civile. Il testamento olografo non ha valore e non *riceve la sua esecuzione* che dopo l'adempimento di quelle formalità. « *Essendo il testamento olografo un atto* « *privato*, non fa fede da sè, e la sola dene- « gazione della scrittura di mano del testatore « ne arresta la esecuzione » (CATTANEO e BORDA, Codice civile ann. sulla dottrina di SIREY all'art. 1007 del Codice civile francese).

Questa condizione del testamento olografo è così proprio della sua natura, che è forza declinare l'applicazione dei sopracitati art. 693 e 775, e lasciare nella realtà una sospensione fra la morte del testatore e il giorno nel quale le formalità della pubblicazione avranno il loro compimento. Che il possesso che più tardi discenderà per virtù giuridica nell'erede, si ricongiunga negli effetti, senza apprensione di fatto, al tempo della morte, nel qual tempo va a fissarsi l'apertura della successione, lo pure ne convengo; ma dico che nell'intervallo la eredità non è rappresentata. Fu per questo che, versando in tema di apposizione di sigilli, il PIGEAU insegnava: « Si le testament est olo- « graphe ou mystique, l'acte n'est pas authen- « tique, et ne peut obtenir le bénéfice de l'exé- « cution; *dans ce cas, les héritiers légitimes ont* « *le droit de faire apposer les scellés* » (*Comm.*, tom. II, pag. 616 e 617). La giurisprudenza unanime approvò questa dottrina (CHAUVEAU, quest. 3064 ter).

Con ciò è risoluto anche il nostro quesito. Esso consistevn in sapere *se chi è istituito erede in testamento olografo, ancorchè possegga di fatto, sia da reputarsi possessore giuridico* per respingere gli eredi legittimi che chiedono la custodia dei mobili ereditarii mediante i sigilli. Sarà uno degl'inconvenienti, e non l'ultimo, dei testamenti olografi. Per deviare l'esercizio di questo diritto cautatorio non basta avere un possesso di fatto, è d'uopo avere un possesso giuridico. Non si tratta di respingere una turbativa *inflitta ad un possesso materiale*; sarebbe una turbativa allora solo che il possesso di erede, quanto dire di proprietario, si avesse. La detenzione insomma non sorretta dal titolo che si allega per giustificarne il diritto, non trattiene l'azione di chiedere i sigilli, quando si hanno le condizioni richieste da questa legge.

Articolo 849.

I sigilli sono apposti tanto a richiesta del ministero pubblico, quanto sulla dichiarazione del sindaco del luogo, o anche d'uffizio:

1° Se il coniuge, o alcuno degli eredi sia assente dal luogo;

2° Se tra gli eredi vi siano minori o interdetti non provveduti di tutore o curatore;

3° Se il defunto sia stato depositario pubblico.

La disposizione di quest'articolo non si applica ai casi indicati nei num. 1° e 2°, quando il testatore abbia ordinato altrimenti.

(*) Si è avvertito che può talvolta mancare il possesso visibile e di fatto.

Nel caso indicato al numero 3° i sigilli si appongono soltanto sugli oggetti depositati.

Annotazioni.

1. È lo Stato protettore che si muovo anche una volta verso coloro che abbisognano del suo soccorso. Quelli che ne abbisognano sono primieramente gli *assenti*; gli *incapaci non provveduti di tutore*; quei terzi i cui effetti e valori vennero affidati a *un depositario pubblico* che ha abbandonato tutto, inclusive i loro depositi. È un dovere d'ufficio affidato al Ministero pubblico e anche al sindaco locale; che sarà o non sarà adempito, poichè codesti avvenimenti privati non appaiono sempre alle autorità; forse non lo sarà in tutti i luoghi ove il defunto ha sparsi i suoi mobili, i suoi animali, le sue carte, ecc.; ma gioverà molte volte, e questo basta.

2. *Dell'assenza.*

La legge si è spiegata chiaramente, *assente dal luogo*. Vola dunque in soccorso anche dell'assenza momentanea; *assente* in questo caso vale *non presente* (*).

Il coniuge superstite, nella lealtà, nello spirito di conservazione e di economia, tien luogo del defunto nel concetto della legge. Se anche il coniuge è assente (o morto), allora la legge sembra desiderare la *presenza di tutti gli eredi*. Non è sempre cosa facile; quindi l'ufficio del pubblico Ministero o del sindaco sarà ordinariamente in moto.

Vi ha una classe di cittadini che suole trovarsi abitualmente lontana dal focolare paterno; e sono i militari, gli individui addetti all'esercito. La Legge dell'11 ventoso e del 16 fruttidoro, anno II, conteneva uno speciale regolamento, per il quale dovevano essere avvisati dell'apposizione dei sigilli.

3. *Se il defunto è stato depositario pubblico.*

Il testo francese (articolo 911, n° 2, della procedura, diceva: *si le défunt était dépositaire public*. E siffatto modo di esprimersi lasciava il dubbio, se si trattasse di tale depositario che si fosse trovato nell'esercizio delle funzioni *al momento della sua morte*, o vi si comprendesse anche colui che aveva già cessato di esserlo. La giurisprudenza si era decisa in quel senso che più favorisce il pubblico interesse; e non avendo un appoggio abbastanza solido nel citato articolo, soleva ricorrere al 909, n° 2, sotto specie che lo Stato si presentasse come un creditore, e in tale qualità potesse richiedere i sigilli (Corte di Parigi, 8 maggio 1829, *Journal du Palais*, 3ª ediz., tom. XXII, pag. 995). L'imperfetta dizione ripetuta già nel Codice napoletano, articolo 988, venne sino a noi, trasportata senz'avvertenza nell'articolo 1040, n° 3, del Codice di procedura sardo del 1859. Ora si è adattata questa diversa: se il defunto *sia stato* depositario pubblico. La questione si è vista, e abbiamo il testo che ci abbisogna. Chi fu *depositario pubblico*, in qualsivoglia tempo, e non venne liberato, mantiene adunque le sue responsabilità, e in tale rispetto continuò ad essere depositario pubblico. Il capoverso 2° restringe la cautela agli *oggetti depositati*. Si ricorda una decisione della Corte di Gand del 22 dicembre 1834 (*Journal de Bruxelles*, 1835, t. II, p. 132), che si estese sino a dire che lo Stato poteva apporre i sigilli anche ad atti e documenti *passati in mano a terzi*. In qualche dimostrata urgenza o gravità di casi lo credo anche possibile.

4. *Limitazione posta nel primo capoverso.*

Si comprende che la disposizione del testatore può fare ostacolo a questa ufficiale apposizione di sigilli. Il testatore può avere destinato un tutore al minore nel testamento. Il tutore entra immediatamente nelle sue funzioni, e così dicasi dell'*esecutore testamentario*, se c'è. L'esecutore testamentario supplisce alla momentanea deficienza del *tutore* o *curatore*. Assumendo il governo dell'eredità, per dare effetto agli ordini del testatore, riempie il vuoto inevitabile fra la morte di lui e la nomina del tutore legittimo o dativo, se fu provvido il testamento. È manifesto che l'azione ufficiale non è che suppletiva, quella dei privati che vi hanno interesse è sempre preferita. L'ufficiale pubblico si ritrae dal campo (**) tostochè alcuno degli interessati si presenti onde continuare in proprio nome l'opera da altri incominciata.

Il testatore può avere altrimenti ordinato. Si è voluto favorire la libertà dei testatori con questa limitazione che si legge ora per la

(*) L'articolo 911, n° 2, del Codice di procedura francese diceva solo. *si... sont absents*; ma la giurisprudenza, saggiamente interpretando, aveva inchiuso nel doppio senso anche l'assenza momentanea (CARRE, quest. 3072; BOITARD, n° 1132).

(**) Eccettochè lo Stato non vi abbia egli medesimo interesse, come in fatto di depositario pubblico.

prima volta. *Si può ordinare altrimenti* col provvedere alla custodia e difesa del patrimonio in modi determinati, o col proibire *simpliciter* la ingerenza del governo. E basterà, io credo; gli si vuol fare un benefizio; il proprietario lo rifiuta: è padrone. Ma se il testatore fu anche pubblico depositario, non è padrone di liberarsi dai vincoli in simile condizione contratti, e che dal lato del governo rappresentano un diritto.

Sotto questo rapporto *la ingerenza ufficiale è assoluta.* Supposto che la sigillazione sia già intrapresa ad altrui istanza, il pubblico Ministero può intervenire e sorvegliare l'operazione; come può intervenire a quella della levata dei sigilli e dell'inventario, onde i *documenti* e le cose di spettanza dello Stato siano separati e contraddistinti dalla massa dei beni. Ricordo che lo stesso pretore dovrebbe ciò fare d'*ufficio*, eziandio mancando la istanza del pubblico Ministero, o la *dichiarazione del sindaco.*

Articolo 850.

Quando le porte siano chiuse, e s'incontrino ostacoli all'apposizione dei sigilli, o nascano altre difficoltà prima o nel tempo dell'apposizione, il pretore può ordinare l'apertura delle porte, e provvedere alla rimozione degli ostacoli e delle difficoltà.

Annotazioni.

Per questa legge ampie facoltà sono attribuite al pretore, non solo a rimuovere ostacoli materiali, ma eziandio morali, onde condurre ad effetto l'ufficio suo. Vi ha chi si oppone; la casa, è vero, appartenne al defunto, ed ora ricade nella sua eredità, condizione indispensabile perchè sia permesso l'entrarvi e sequestrare ciò che vi è dentro, ma l'abitante di quella casa pretende di ritenerla a titolo di affitto, e i mobili sono di sua proprietà. Che i mobili dell'inquilino siano pegno e sicurezza del locatore, non si contrasta. Non pertanto si possono imprimere coi sigilli, perchè non sono in proprietà. Ma è poi vera l'asserta locazione che farebbe presumere la proprietà dei mobili nello stesso conduttore? In quanti altri casi può incontrarsi opposizione e sentirsi rispondere che le cose non appartengono alla eredità! Quale sarà la scorta del giudice?

Egli seguirà le vie della prudenza che la legge non può insegnargli *a priori.* Se la locazione sia sul fatto dimostrata, potrà astenersi e riferire l'emergente al capo del tribunale da cui dipende. Se la questione della proprietà gli sembra dubbia, vedrà se il ritardo involva pericolo. « S'il n'y a pas péril dans le « retard (ha detto con molto proposito il Boi- « TARD), il doit s'arrêter devant l'obstacle « qu'il rencontre jusqu'à ce que le président « du tribunal ait statué en référé sur la diffi- « culté ». Se vi è pericolo, lo stesso autore consiglia di apporvi un custode; talvolta il custode responsabile potrà essere lo stesso attual possessore. O può anche prendere una determinazione provvisoria; scegliere, per esempio, le carte più importanti, gli oggetti di maggior valore e più facili a smarrirsi o a cangiarsi; descriverli, chiuderli in involti sigillati se occorre; l'abbondanza delle cautele non sarà mai quel fatto dal quale egli possa temere rimproveri.

Il presidente del tribunale non ha dalla nostra legge quella facoltà di decidere che sembra essergli attribuita dalla procedura francese: egli ne farà rapporto al Collegio (Su ciò *V.* l'articolo 859).

Articolo 851.

Le chiavi delle serrature, sulle quali i sigilli siano stati apposti, devono custodirsi dal cancelliere sino a che sia ordinata la rimozione dei sigilli, facendone menzione nel processo verbale di apposizione.

Articolo 852.

Quando nel procedere all'apposizione dei sigilli si trovino testamenti o altre carte importanti, il pretore provvede per la loro conservazione.

Se non possa provvedervi nel giorno medesimo, fa risultare nel processo

verbale della forma esterna delle carte, e le chiude in un involto che sigilla e sottoscrive in presenza delle parti, determinando il giorno e l'ora in cui darà i provvedimenti ulteriori.

Annotazioni.

La scoperta di un testamento fra le carte del defunto è cosa di tanta importanza che la legge doveva occuparsene con una cura speciale. *Il pretore provvede per la conservazione;* il *provvedimento* può essere protratto ad altro giorno; e allora sono ingiunte le cautele scritte nel capoverso. Le presignate cautele non formano adunque il *provvedimento conservatorio* affidato alla vigilanza del magistrato; ma è qualche altra cosa che la legge non dichiara.

Noi abbiamo veduto cospicuo eredità ricevere una improvvisa destinazione da un testamento olografo, rinvenuto a caso fra le carte del defunto. Perciò la pronta sigillazione è divenuta più che mai necessaria nel presente sistema, come il mezzo immediato di conservare tutto ciò che vi ha di più interessante nell'eredità.

Se la carta contiene evidentemente un testamento olografo, essendo munito dei requisiti voluti dall'articolo 775 del Codice civile sulla istanza della parte interessata, o anche d'ufficio, il pretore lo consegnerà al notaio per gli effetti dell'articolo 912. E così provvederà secondo ragione. Se le forme sostanziali non apparissero, e la carta si vedesse mancare di ogni importanza, sarà intanto assicurata colle altre; ma se grave fosse il dubbio, l'atto potrebbe depositarsi con ogni cautela nella cancelleria dello stesso pretore, e previo avviso alle parti che possono avervi interesse, permetterne la ispezione per l'esercizio di quelle azioni che si credessero opportune.

Io vado tracciando queste regole senza escluderne altre che si ravvisassero non meno acconcie, partendo sempre da questo punto che la legge confida nella saviezza del giudice, e non gli impone un modo più che un altro. In Francia il metodo è in certa guisa indicato da quella stessa attribuzione che ha il presidente del tribunale dall'articolo 1007 del Codice Napoleone, di rendere esecutorio il testamento olografo. Quindi è che fra quei giureconsulti non è che una voce sola: doversi dal giudice di pace rimettere il testamento al capo del tribunale, e soltanto vanno dubitando se al presidente del tribunale del luogo ove si è trovato, o a quello dell'aperta successione, e siccome ciò è prescritto dal citato art. 1007, così si ritiene generalmente (PIGEAU, tom. II, pag. 557; (CARRÉ, quest. 3082; THOMINE, t. II, pag. 514, ecc.

Articolo 853.

Quando vi siano oggetti sui quali i sigilli non possano essere apposti, o che siano necessari all'uso delle persone che sono in casa, se ne fa la descrizione nel processo verbale, e per le cose che possano deteriorarsi si osserva la disposizione del capoverso dell'articolo 624.

Articolo 854.

Compiuto l'inventario non si fa più luogo all'apposizione dei sigilli, salvo che l'inventario sia impugnato.

L'apposizione dei sigilli domandata durante il corso dell'inventario può aver luogo soltanto sugli oggetti non inventariati.

Annotazioni.

L'inventario *può essere impugnato*. L'inventario ha i suoi precetti, le sue forme essenziali che vedremo più avanti: e sono garanti della verità materiale, oggetto di tutto questo lavoro. L'impugnazione dell'inventario non ritorna però le cose nel pristino stato; pendente il giudizio potrà deputarsi un custode, un amministratore; non si chiederà la rinnovazione dei sigilli se non ad inventario annullato. Io credo che anche annullato l'inventario, non sarà facilmente ripresa quest'operazione plastica, lunga, dispendiosa, che può ben appa-

rire superflua. Se l'inventario è stato eseguito, in qualunque modo, avremo una descrizione più o meno sufficiente: i mobili, le carte, ecc., potranno riporsi in una stanza e sotto chiave, o consegnarsi ad un custode, ecc.

Articolo 855.

Il processo verbale di apposizione dei sigilli deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, giorno, dell'ora, e delle rimessioni ad altri giorni ed ore;

2° Il nome e cognome dell'istante, e l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza da lui fatta a norma del capoverso dell'articolo 848;

3° Se non vi sia stata istanza, l'indicazione che i sigilli sono stati apposti d'uffizio, ovvero a richiesta o sulla dichiarazione d'uno degli uffiziali indicati nell'art. 849;

4° Il motivo dell'apposizione;

5° La menzione dell'autorizzazione concessa dal pretore nel caso di cui nel numero 4° dell'articolo 848;

6° Se l'apposizione sia stata ordinata con sentenza, l'indicazione di questa e dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata;

7° Il nome e cognome delle parti intervenute, e le osservazioni fatte da esse;

8° L'indicazione dei luoghi, mobili, e oggetti sui quali i sigilli sono apposti, e la descrizione del modo con cui ciò fu eseguito;

9° L'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente, e la risposta data sul proprio onore da coloro che dimorano nel luogo in cui i sigilli sono apposti, se abbiano veduto o saputo che alcuna cosa sia stata direttamente o indirettamente tolta o traslocata;

10° La nomina del custode presentato dagli aventi interesse, se sia responsabile, e, in difetto, di un custode nominato d'uffizio;

11° Le altre indicazioni richieste dalla legge o credute necessarie dal pretore.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti intervenute, dal pretore e dal cancelliere.

Annotazioni.

Se mobili non ci sono, si redige un verbale che chiamasi *di carenza*, ed è presto fatto. La *dichiarazione sul proprio onore*, surrogata all'antico giuramento (n° 9), sarà pure esatta dal giudice (PIGEAU, tom. II, pag. 261), con ragione non minore (*). BIRET consiglia saviamente a non spendere una sigillazione per povere e rare suppellettili che basterà descrivere, affidandole ad un custode. Potranno anch'essere separati i mobili più necessarii alla vita domestica, come dichiara l'articolo 853.

Articolo 856.

Il pretore e il cancelliere non possono, sotto pena di sospensione, introdursi nei luoghi chiusi con l'apposizione dei sigilli sino alla rimozione di essi, salvo che siano stati richiesti per cause urgenti, e un decreto motivato abbia preceduto il loro accesso.

Annotazioni.

Non bastava la proibizione, bisognava umiliare il magistrato sotto una minaccia di *sospensione:* perchè mai? Per lo ingresso nei *luoghi chiusi coll'apposizione dei sigilli*, se non

(*) Mancano forse i mobili perchè furono sottratti?

prova di essere stato richiesto per motivi urgenti, e non si giustifichi con decreto motivato. Il testo francese ha *la maison où est le scellé* (articolo 915). Non si poteva porre il piede neppure *nella casa ove stavano effetti sigillati*. Ora si tratterebbe in realtà di rompere i sigilli. Il Codice penale che fa le ipotesi di ogni perversità, deve fare anche questa. Può contenerla un regolamento disciplinare. Se gl'innumeri doveri del magistrato, ch'egli impara ad ogni articolo del Codice di procedura civile, dovessero andar muniti di una sanzione penale per guarentirne l'osservanza, quale onore alla magistratura! Se vuolsi trovarne di riscontro il modo dell'applicazione, vediamo nell'articolo 230 del Regolamento *sull'ordinamento giudiziario*, del 6 dicembre 1865. « L'azione disciplinare si esercita indipendentemente da ogni azione penale e civile per il medesimo fatto ». Articolo 231: « L'azione disciplinare dinanzi alle Corti e ai tribunali è promossa dal pubblico Ministero, anche sull'eccitamento di chi è investito del potere di sorveglianza. Essa è promossa con rappresentanza motivata diretta al presidente, colla quale si richiede la chiamata del giudice incolpato dinanzi alla Corte o al tribunale per dedurre le sue difese ». Il rito particolare a questo giudizio si viene descrivendo nei successivi articoli.

L'autorità giudiziaria investita di codesto potere, è il tribunale nella cui circoscrizione esiste la pretura (articolo 229 del dotto Regolamento). La legge però ha lasciato un luogo aperto per isfuggire all'ingrato ufficio, se trattasi di giudicare un collega (art. 226, capoverso). Se il tribunale *non può* o *non vuole*, il pretore subirà il giudizio disciplinare della Corte d'appello (articolo 228 dello stesso Regolamento).

SEZIONE II.

Della rimozione dei sigilli e delle relative opposizioni.

Articolo 857.

I sigilli non possono essere rimossi, e l'inventario non si può fare che tre giorni dopo l'apposizione, salvo che sia stato diversamente ordinato dal pretore per cause urgenti, delle quali si deve fare menzione nel decreto relativo.

Se alcuno degli eredi sia minore non emancipato, non si può procedere alla rimozione dei sigilli finchè sia stato provveduto di tutore, o di curatore speciale.

Annotazioni.

Noi non ammettiamo processo di sigillazione *ante humum*, come si permette in Francia. Ma poniamo anche noi un intervallo di tre giorni prima di venire alle operazioni della levata nei casi ordinarii. Vi è forse bisogno di affrettare. Il pretore fa un decreto ed espone il caso d'urgenza. È caso d'urgenza se v'hanno cose soggette a deperire, e devono vendersi immediatamente (ROLLAND DE VILLERGUES, *Répertoire*, n° 40).

Articolo 858.

Possono chiedere la rimozione dei sigilli le persone che a termini dell'art. 848 hanno diritto di chiederne l'apposizione, escluse quelle indicate nel numero 3° dello stesso articolo.

Annotazioni.

1. Entrando nell'esame del *diritto di opposizione alla levata dei sigilli*, in un campo nel quale gl'interessi delle parti che fin qui camminarono concordi verso uno scopo comune, che è l'*assicurazione delle cose mobili* del patrimonio, assumono espressamente una veste giuridica, e vengono in contrasto fra loro, giova rammentare che questo Titolo del Co-

dice di procedura è generale, e quantunque abbia una manifesta tendenza a regolare i fatti della successione, che sono anche i più importanti e ricevono un maggiore sviluppo, estende però la sua formola ad ogni altra evenienza in cui si faccia luogo ad apporre i sigilli.

Varie di codeste evenienze enumera il DALLOZ (*Répertoire*, v° *Scellés et Inventaire*, § 1), che noi stimiamo poter ridurre alle seguenti: 1° Apertura di una successione, *se gli eredi non sono presenti; o sono minori, o interdetti;* 2° Se il defunto esercitò uffizio di *depositario pubblico* e di titoli dello Stato senza essere stato liberato (articolo 849, n° 3); 3° O fu *notaio* che tenne anche matrici di altro notaio, il che interessa eziandio alla pubblica amministrazione. Talvolta si procede a sigillare minute notarili per cause di sospetti gravi e ragioni specialissime, non solo per ordine del governo, ma eziandio dell'autorità giudiziaria (*); 4° *Assenza*. Intendiamo assenza non momentanea, alla quale soccorre il n° 1 dell'articolo 849, ma quell'assenza che dà luogo ai provvedimenti ordinati dall'articolo 21 del Codice civile; 5° *Pendente la domanda d'interdizione* (PIGEAU, *Procédure civile*, tom. II, p. 610; JAY, *Traité des scellés*, p. 43). Possibile, ma caso rarissimo: anche qui il *ne pas trop de zèle* è una cosa buona. Due condizioni si richieggono: che si tratti di demenza manifesta; che il patrimonio del demente sia propriamente abbandonato: senza di ciò il vantaggio non sarebbe compensato dal disordine che si va a produrre; 6° Esecuzione mobiliare sugli *oggetti preziosi*, *d'oro* o *d'argento*, ove sia d'uopo, secondo l'articolo 597 (primo capoverso); 7° *Fallimento*, giusta il Codice di commercio.

Basti l'aver enunciate le varie applicazioni di codesto metodo assicurativo per comprendere che quello che veniamo a dire non potrebbe avverarsi, o solo incompletamente, nelle altre combinazioni (*V.* l'articolo 865).

2. *Di quelli che possono domandare la rimozione dei sigilli.*

La legge lo ha detto, *quelle persone che a termini dell'articolo* 848 *hanno diritto di chiederne l'applicazione*, e non si eccettuano che le persone indicate al n° 3 dell'articolo 848. *Devono pure eccettuarsi le persone indicate nell'articolo* 849? Si procede d'ufficio per fare il bene del patrimonio, a preservarlo da un pericolo. Dopo ciò la missione pubblica sembra compita; quella urgenza che giustifica l'intromissione uffiziale in affari privati non esiste quando si tratta di togliere i sigilli. Questa riflessione è vera: tuttavia l'esclusione delle persone indicate nell'articolo 849, non si verifica che *in parte*.

Lo stato di sigillazione non può essere che transitorio. Come sistema di custodia semplicemente, sarebbe ultroneo, eccessivo. Priva dell'uso, rende il mobiliare inutile. Si levano i sigilli primieramente perchè i mobili devono ritornare al più presto alla loro naturale destinazione di servire ai bisogni della vita; le carte e documenti, al bisogno degli affari. L'interesse di levare i sigilli è dunque in tutti coloro che hanno diritto di usare di quegli effetti, di profittare del comodo che arrecano. La sigillazione, più che mezzo di custodia, *è il metodo necessario per assicurare colla maggiore celerità possibile l'esistenza di cose mobili che non si possono descrivere nello stesso tratto di tempo.*

Alla sigillazione *fa seguito la descrizione:* è questa l'operazione che rende profittevole la prima nel tempo stesso che la risolve e la fa cessare. Perciò la sigillazione è il prodromo dell'inventario.

La domanda di rimozione può avere questo solo scopo, l'*inventario*. S'intende allora come quelli che promossero la sigillazione, o solo che *avevano diritto di promuoverla*, collo stesso diritto insistono per la rimozione, mentre la rimozione *non è che lo sviluppo e la continuazione dell'opera stessa*, che è di determinare e stabilire lo stato dell'eredità che si effettua col mezzo dell'inventario.

Questo scopo possiamo chiamarlo continuativo o progressivo. Da ciò si vede che il pubblico Ministero che fece apporre i sigilli sugli *oggetti depositati* in mano di *un pubblico depositario*, rappresentando non solo l'interesse filantropico e umanitario, ma l'*interesse reale dello Stato*, può chiedere la formazione dell'inventario, che è necessariamente preceduto dalla tolta graduale dei sigilli.

Ma la domanda può avere uno scopo diverso da quello di fare una descrizione e un inventario che continua ad essere uno scopo comune.

Sorge un preteso proprietario di quegli oggetti a sostenere che si è fatto ingiuria alla

(*) Il DALLOZ riferisce una decisione della Corte di appello di Bourges del 10 agosto 1838, nella specie di un notaio successore dello studio di altro notaio, che dolevasi d'infedeltà, di spedizioni irregolari, di matrici ritenute, di atti confusi, ecc., e si stimò di praticare una sigillazione. Senza fermarci alla specie decisa, forse un po' troppo severamente, secondo DALLOZ, è facile vedere che questa misura può estendersi ad altri casi simili; e sarà in genere una facoltà dei tribunali; ma si guardino dall'abusarne!

sua proprietà; ch'egli è stato leso ne' suoi diritti; ed entra allora una questione d'ingiustizia e di nullità contro quello che è stato operato. Si domanda la levata dei sigilli non per continuare l'operazione, ma per revocarla e distruggerla, e per avere la restituzione delle proprie cose.

Gli eredi negano la qualità di pubblico depositario che è stata supposta nel defunto al fine di mettere i sigilli su certi documenti che si pretendono per contro di ragione dell'eredità. E così diremo di altri casi. La legge prevede potersi elevare *opposizione al fatto della rimozione dei sigilli* (articoli 859, 860); ma non fa motto di quelle che saranno suscitate dall'*interesse della rimozione*. Intorno a ciò daremo qualche nozione ai suddetti articoli 859, 860.

3. *Del diritto di preferenza nella rimozione dei sigilli.*

Finchè non sorge opposizione o contrasto, basta l'*abito del diritto*, quale appunto si accenna nell'articolo 858; il magistrato si presta alla domanda; ma nascendo la disputa, è d'uopo volger lo sguardo anche al titolo sul quale ciascuno appoggia la propria azione od eccezione.

La rimozione può essere chiesta, come si è già detto, mediante l'esercizio di un'azione diretta a rivendicare il possesso dei mobili indebitamente appresi; ma contrasto e gara di interessi può sorgere eziandio fra coloro che hanno nella rimozione lo scopo comune di continuare le operazioni dello stato ereditario, se non che essi annettono all'esercizio stesso del diritto non lieve importanza, ravvisandovi una influenza sulle ragioni della successione (*).

Allora nasce il disputare sulla *preferenza* di tali concorrenti.

L'erede testamentario, maggiore d'età che può mostrare il suo titolo d'erede, non solo non ha verun obbligo di praticare sigillazione e fare inventario, ma respinge eziandio coloro che attentassero in tal modo al suo legittimo possesso (DALLOZ *Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, n° 32. *V.* le nostre ANNOTAZIONI all'art. 847). Se tuttavia i sigilli furono posti, l'*erede testamentario è preferito nella domanda* di rimozione agli eredi legittimi. E fu più volte deciso bastare il *titolo apparente*, senza pregiudizio dei diritti d'impugnazione (DALLOZ, n° 100). Fra due posizioni di diritto non bene appurate, il giudice, ad un primo esame, porge la mano a chi sembra meglio affidato, e gli permette di continuare le operazioni in proprio nome. È una misura che non offende il diritto, e non sarebbe il caso di farne una questione giudiziaria a determinare la competenza relativa; ma non n'esclude la possibilità per combinazioni che la teoria non può agevolmente prevedere.

Usciamo un momento fuori del campo d'una successione ordinaria. Se l'apposizione dei sigilli fu eseguita d'ufficio, o ad istanza del pubblico Ministero *verificata l'assenza* (articolo 21 del Codice civile), la tolta dei sigilli può essere chiesta dallo stesso pubblico Ministero sia per liberare gli effetti e utilizzarli, sia per procedere all'inventario (**). Ove però venissero a reclamare questo diritto gli *eredi presuntivi*, niun dubbio che dovrebbero essere preferiti.

Articolo 859.

La rimozione dei sigilli è ordinata dal pretore sull'istanza di alcuno degli aventi diritto.

L'istanza e il decreto sono scritti in fine del processo verbale di apposizione.

In caso di opposizione alla rimozione dei sigilli, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria competente.

Articolo 860.

L'opposizione alla rimozione dei sigilli può farsi con dichiarazione nel processo verbale d'apposizione, o con atto notificato al cancelliere della pretura nelle forme stabilite per la notificazione dell'atto di citazione.

L'opposizione deve contenere:

(*) Sul possesso e sull'andamento dell'amministrazione. È facile scorgere questo fine da ciò che veniamo dicendo.

(**) In ciò solo mi dilungo dal DALLOZ, il quale dice che il pubblico Ministero non può insistere per la rimozione dei sigilli « parceque l'action du Ministère public, « sous ce rapport, doit se borner aux mesures conser« vatoires ».

1° Il nome e cognome, l'indicazione del domicilio o della residenza dell'opponente;

2° l'elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza a norma del capoverso dell'art. 848;

3° I motivi dell'opposizione.

Annotazioni.

1. Insegna il CARRÉ: « L'opposition aux « scellés *est un acte conservatoire* par lequel « toute personne, prétendant droit à la succession, s'oppose à la levée des scellés, *afin « qu'elle soit différée*; qu'on n'y procède *qu'en « sa présence*; et que l'on prenne en la faisant telle *mesure ou précaution nécessaire « à ses intérêts* » (Introduzione al titolo *des oppositions aux scellés*).

Non abbiamo difficoltà ad ammettere che la opposizione abbia carattere di *atto conservatorio* in quanto mantiene quello che fu già eseguito, ma non è questo propriamente lo scopo, secondo la definizione che lo stesso CARRÉ ne ha data.

2. *Forma della opposizione.*

Il nostro articolo 860 dichiara in qual modo deve farsi l'atto di opposizione.

La comunicazione dell'atto si vede sempre diretta al cancelliere. La parte si presenta a lui, egli fa scrivere la *opposizione coi motivi;* adempie le altre formalità volute dell'articolo. Ciò è in regola; ovvero gli fa notificare l'atto *come si notifica una citazione*, e non perchè sia una citazione. Il cancelliere non fa altro che presentare al pretore l'atto di opposizione. *Se l'atto è regolare*, il pretore lo trasmette all'*autorità competente* (articolo 859). Dissi *se regolare:* ove nol fosse, l'*atto non avrebbe seguito*, ecco la giusta pena che lo aspetta; non si ebbe d'uopo di comminarne la nullità come in Francia, ma la conseguenza non sarebbe diversa.

3. *Considerazioni sulla competenza.*

a) Il potere *direttivo* e in parte anche *discrezionale* del magistrato locale, secondo esempi che si ripetono di frequente nella procedura, cessa al sollevarsi di una contestazione che eccita l'esercizio della giurisdizione contenziosa. Allora si presentano altri elementi teoretici ad informare il criterio della competenza. Allora siamo rinviati o ai principii generali che regolano la competenza, o troviamo disposizioni scritte propriamente pel caso in leggi speciali che modificano anche una volta la regola generale.

In caso di opposizione alla rimozione dei sigilli, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria competente, dice l'articolo 859.

Noi crediamo vedervi principalmente l'applicazione dell'articolo 94. « Si propongono davanti l'autorità giudiziaria del *luogo dell'aperta successione:* 1° le azioni in petizione o « divisione dell'eredità, o *qualunque altra*, tra « coeredi, sino alla divisione... ». Possono anche ricevere applicazione i numeri 3° e 4° dello stesso articolo. In effetto le azioni che si spiegano intorno ai fatti assicurativi e descrittivi delle cose ereditarie intendono al buono assetto, alla incolumità, e obbiettivamente al possesso, alla fruizione, al conseguimento del patrimonio ereditario, o di parte di esso. La contesa giudiziaria che ne deriva non può avere una diversa indole, un diverso carattere.

C'è però una ragione per cui la legge si è tenuta in riserbo e non ha voluto specificamente indicare l'*autorità competente*. Abbiamo veduto all'articolo 858 (nota 1ª) che la operazione dei sigilli non ha luogo nel solo caso dell'apertura della successione. *Quando si passa dall'ordinatorio al contenzioso*, la competenza varia secondo i casi. Eccone uno che basterà anche per altri. Il tribunale competente nelle questioni che vertono sulle *conseguenze giuridiche dell'assenza* è quello del luogo dell'ultimo domicilio o residenza (articolo 20 del Codice civile). Supponiamolo nella città di Bergamo. Il presunto assente aveva una casa di campagna nel distretto di Como, rimasta abbandonata. Il pubblico Ministero, ad istanza di un parente, ordinò la sigillazione di un ricco mobiliare che colà esisteva; poi nascono questioni sulla legittimità della sigillazione per parte (ad esempio) di un procuratore dell'assente medesimo. Il pretore applicando al caso l'articolo 859, rimette i contendenti al *tribunale di Bergamo*.

b) *Ma il pretore stesso non sarebbe forse competente ove si trattasse di giudicare semplicemente della regolarità dell'apposizione dei sigilli?*

Torniamo ancora a distinguere quello che *è atto conservatorio* da quello che *è giudizio*. L'atto conservatorio consiste propriamente ed esclusivamente nella sigillazione. L'opera della

sigillazione è stata irregolarmente eseguita, per quanto sostiene una parte interessata nella regolarità dell'atto? Io sono convinto che il pretore stesso può e deve conoscere della pretesa irregolarità, senza forma di giudizio, e spetta a lui il correggerla.

La procedura francese pone il giudice di pace in un perpetuo rapporto di dipendenza dal *presidente del tribunale* (articoli 916, 918, 919, 920, 921, ecc.). Ma quel rapporto è mal definito, onde gli interpreti e la giurisprudenza incontrano spesso questioni nelle quali non vanno d'accordo. Nel nostro sistema la parte attiva e ordinamentale è del pretore: la deliberativa è demandata al tribunale competente. La *correzione del materiale operato della sigillazione* non è che ordinamentale.

Diamone qualche esempio. L'impronta del sigillo è debole, poco intelligibile; bisogna marcare di nuovo gli oggetti, altrimenti non si avrebbe una certa garanzia contro le supplantazioni. Non si è avuta la necessaria avvertenza di contrassegnare certi involti di carte che possono sfuggire facilmente di sotto ai suggelli. La descrizione potrebb'essere imperfetta; il processo verbale lascia a desiderare qualche cosa di più per adempire al voto dell'articolo 855. Bisogna correggerlo. Simili *opposizioni* non avendo altro scopo che di migliorare e rendere più sicura e perfetta l'*operazione preparatoria*, entrano nella competenza ordinatrice del giudice.

4. *Se i creditori personali degli eredi abbiano azione per opporsi alla levata dei sigilli.*

Vi è un'altra domanda che ha diritto di priorità sulla presente. I *creditori personali* dell'erede (*) possono richiedere l'apposizione dei sigilli? Non sarebbe lecito di portare una distinzione, che non è nella legge, sul n° 4 dell'articolo 848. Noi ammettiamo dunque il diritto di petizione quanto al sigilli, e per conseguenza quello di opporsi alla rimozione, secondo l'articolo 858 (**).

5. *Se lo stesso diritto sia da concedersi ai creditori dei creditori del defunto o dell'erede.*

La teoria suespressa ha fondamento nel diritto che hanno i creditori sulle cose dei loro debitori (pegno comune), e che si esercita non solo *in modo esecutivo*, ma eziandio *preventivo*, giusta le varie previsioni del Codice civile, consegnate agli articoli 949, 1032, 680. Quindi anche la facoltà di assistere alla compilazione dell'inventario (articolo 868, n° 4, della procedura); fascio di diritti che forma un'unità giuridica. Ma il *creditore del creditore* dell'eredità o dell'erede non può esperire per questo mezzo una sequestrazione, ma dovrebbe valersi dei diritti che sono stabiliti ai creditori che intendono *oppignorare* i beni dei loro debitori. Ove però il creditore avesse conseguito o cessione o surrogazione legale nei diritti di lui, allora potrebbe chiedere l'apposizione dei sigilli, e opporsi alla rimozione come la persona stessa del creditore immediato (BILHARD, *Traité du bénéfice d'inventaire;* CHAUVEAU, quest. 3102 bis).

Articolo 861.

La rimozione dei sigilli si fa dall'uffiziale che procede all'inventario.

I sigilli sono rimossi successivamente e di mano in mano che si progredisce nell'inventario.

Se non occorra l'inventario, i sigilli sono rimossi dal cancelliere della pretura coll'assistenza dell'usciere. Nei comuni in cui non ha sede il pretore la rimozione può farsi dal cancelliere del conciliatore coll'assistenza dell'usciere.

Articolo 862.

L'uffiziale che procede alla rimozione dei sigilli deve avanti tutto riconoscerne lo stato.

Se trovi in essi qualche alterazione deve soprassedere da ogni operazione ulteriore, facendone immediatamente rapporto al pretore, il quale si trasferisce sul luogo per le verificazioni occorrenti, e per i provvedimenti necessari anche a proseguire l'inventario.

(*) Per distinguerli dai creditori del defunto e dalla eredità.

(**) Il creditore personale di uno fra più coeredi non avrebbe diritto a domandare i sigilli che sulla porzione di lui (CHAUVEAU, quest. 3062): ma se l'eredità è indivisa, non potrebbe concepirsi esecuzione parziale.

Articolo 863.

Non si può procedere alla rimozione dei sigilli senza che siano citate, a norma dell'articolo 869, le persone indicate nell'articolo 868.

Articolo 864.

Il processo verbale della rimozione dei sigilli deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome e cognome del cancelliere che procede alla rimozione, e dell'usciere da cui è assistito;

3° Il nome e cognome delle parti intervenute;

4° L'indicazione del decreto o della sentenza che ha ordinato la rimozione dei sigilli, e dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata;

5° La menzione della ricognizione dello stato dei sigilli, della loro rimozione, delle verificazioni fatte, e dei provvedimenti dati dal pretore a norma del capoverso dell'art. 862;

6° Le altre indicazioni che si credessero necessarie.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti intervenute, dal cancelliere e dall'usciere.

Annotazioni.

1. *Formalità che precedono la levata dei sigilli.*

a) Il CARRÉ insegna che per quattro cause principalmente il giudice di pace (pretore) può ricusarsi alla levata dei sigilli: 1° se domandata prima dei tre giorni dell'opposizione (*); 2° se la parte richiedente non giustifica la propria qualità; 3° se vi sono minori non emancipati e sprovvisti di tutori: in tal caso bisogna soprassedere e far nominare il tutore; 4° se fra i *principali interessati* vi ha degli assenti (nel termine legale della parola, *presunti assenti*) (quest. 2106; BIRET, v° *Levée de scellés.*

b) Di quelli che devono citarsi.

La rimozione dei sigilli, togliendo guarentigie di conservazione che già si erano stimate necessarie, deve operarsi cautamente. Il processo comincia da una citazione *al coniuge superstite; agli eredi legittimi presunti; all'esecutore testamentario, agli eredi istituiti e legatarii, se il testamento è noto* (articolo 869).

Il coniuge superstite è sempre interessato, quantunque non fosse tampoco nominato nel testamento. Non osta la separazione personale; deve citarsi egualmente. Vi possono essere sotto i sigilli effetti, documenti di sua spettanza che verranno poi a figurare nell'inventario (PIGEAU, t. II, p. 849; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, n° 109).

Eredi legittimi presunti: in quanto è possibile a conoscersi, in quanto non si ravvisi apatia e negligenza nel ricercarli. Il defunto aveva una sorella, povera donna che viveva ai servigi di una famiglia viaggiante all'uso inglese: chi mai poteva averne notizia? È certa però la esistenza di nipoti che stavano nel paese ove morì l'intestato: tutto il mondo credeva che fossero i soli suoi parenti. Qui è il caso che *error comunis jus facit.* E senza pregiudizio di quella od altro erede ignorato si procederà validamente a rimuovere i sigilli (**).

Fra gli eredi legittimi presunti si vogliono porre anche i *figliuoli naturali*, purchè riconosciuti (articoli 179, 281 del Codice civile), per il qualunque interesse che possono avere nell'eredità (FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire*, v° *Inventaire*; ROLLAND DE VILLARQUES, v° *Inventaire*, n° 101).

Può domandarsi se esistendo eredi testamentarii *si debbano nonostante citare anche i presunti legittimi.*

Un titolo apparente, benchè forse contestabile, basta perchè gli eredi e i legatarii (***) in quello nominati abbiano a citarsi. L'esi-

(*) Evidentemente i tre giorni (articolo 857) sono stati all'effetto di dar tempo ai reclami degli interessati.

(**) Argomento dall'articolo 42 del Codice civile. È poi decisivo l'articolo 869, capoverso terzo, che ci disobbliga dal citare i lontani.

(***) La chiamata dei legatarii non è necessaria, secondo il processo francese.

stenza del testamento dispensa senza dubbio dalla citazione dei legittimi, *non più presunti eredi*.

Mi pare che la massima non possa essere contraddetta dal caso in fuori che gli eredi legittimi abbiano sollevate opposizioni contro l'applicazione, o contro la levata dei sigilli, con che si rientra nel disposto del n° 4 dell'articolo 868. Si crede ancora che quando gli eredi legittimi siano insorti per annullare il testamento, il loro diritto abbia un colore sufficiente per invitarli all'operazione (Corte di Bruxelles, 28 novembre 1810 e 9 marzo 1811, *Journal Avoués*, tom. XXI, pag. 37; CHAUVEAU, quest. 3066, 3112 bis, 3114 bis). Io trovo molto prudente il farlo; non facendolo, non vedrei motivo di nullità.

L'esistenza di un esecutore testamentario non esime dall'obbligo di citare gli eredi.

I creditori dell'eredità non si citano se non opponenti (DALLOZ, loc. cit., n° 115).

c) *Della forma della citazione.*

Vogliamo riferirci alle poche cose che diremo sull'articolo 869, limitandoci ora ad osservare ciò che dispone l'articolo 859. È necessario preporre una istanza al pretore, il quale scrive il suo decreto *in fine del processo verbale di apposizione dei sigilli*, e non essendovi opposizione (*), destina il giorno in cui sarà aperto il processo verbale: la citazione si farà per quel giorno, e non si terrà conto della contumacia.

2. *Se nasce contestazione sul diritto di stare o no presente alla operazione della levata dei sigilli, e conseguentemente all'inventario*, avvisa il DENISART, seguito anche dal DALLOZ (n° 116), che il presidente (metodo francese) deciderà, con avvertenza di dar passo ai dissenzienti, poco importando che vengano ad assistervi persone che non abbiano tutti i numeri del buon diritto, specialmente se vi sia urgenza.

Sebbene questo genere di contraddizione non sia preveduto dalla nostra legge, come non lo era dalla francese, tuttavia la disposizione del 3° periodo dell'articolo 859 può servirci di guida. Il pretore non delibera sopra una questione qualunque concernente rapporti di diritto fra i concorrenti; *egli rimette le parti al tribunale competente*. È nello spirito dell'attuale Codice di procedura (per cui da molti è tassato di pesante ed eccessivo) di moltiplicare le garanzie e quindi gli atti e le formole giudiziarie. Elevare contrasto perchè altri non intervenga nel processo di rimozione e in quello dell'inventario, involve una quistione di diritto ereditario più o meno diretta, non dissimile da quello che avviene *quando si oppugna la levata dei sigilli*, e fors'anche vi si contiene un maggior interesse. Ho fatto il caso della pretesa di un figlio naturale, e mi raccolgo in questo esempio. Suppongo che l'attore nel processo di rimozione lo abbia citato; non sorgendo contraddizione, sarà ammesso. Taluno degli eredi legittimi sente l'importanza di un siffatto precedente giuridico, e si oppone. Non potrebbe dividersi la indifferenza di DÉNISART e DALLOZ. La cosa non avrebbe una vera importanza prima della contestazione; ma la contestazione la rende importante potendo anche nascerne regiudicata. Il tribunale però, vista l'urgenza, può ordinare che si proceda alla disigillazione senza pregiudizio dei rispettivi diritti, ammessa la rappresentanza generica e innocua del notaro (articolo 869).

Riportiamo tutto ciò che può dirsi *della rappresentanza notarile* all'esame dell'articolo suddetto.

3. *Levata dei sigilli.*

Il pretore non è presente a questa interessante formalità; ciò risulta espressamente dall'articolo 862. L'*alterazione dei sigilli* può esser prodotta da cause naturali, ma di solito attesta il delitto. Essendo suprema garanzia la identità dei sigilli, il dichiararla è pure una forma essenziale del processo verbale (articolo 864, n° 5). La rottura del sigillo sarebbe mezzo a consumare un furto, una supplantazione, una frode; il fatto può essere assai rilevante se trattasi di buste e cartoni di documenti, onde il pretore procede alle più minute verificazioni o ne dà parte al pubblico Ministero per gli atti di ragione.

La levata dei sigilli può essere *successiva* o *simultanea*. L'articolo 861 accenna ai due casi. La prima suppone la descrizione e l'inventario, suppone un seguito di operazioni statistiche. Se la sigillazione fu apposta per garantire l'interesse di un maggiore assente; se fu indebitamente apposta e deve togliersi per sentenza del tribunale, e così in altri casi, si applica la seconda maniera; la levata non è succedanea, ma totale, effettuandosi però sempre *per mezzo del cancelliere della pretura coll'assistenza dell'usciere* (art. 861, capoverso secondo.

(*) Sono parole del testo; la cacofonia avrebbe potuto evitarsi.

Digitized by Google

Articolo 865.

Le disposizioni di questa sezione e della precedente sono osservate negli altri casi in cui occorra l'apposizione dei sigilli, o si debba procedere alla loro rimozione, eccetto che la legge stabilisca diversamente.

Annotazioni.

1. Questo testo è un grande richiamo alle materie giuridiche nelle quali opera, come istrumento materiale, l'applicazione dei sigilli. A nostra volta gioverà richiamare le cose dette sull'articolo 858, n° 1. Di là togliendo alcune specie, veniamo a coordinarle al presente articolo.

In ogni emergenza in cui ha luogo l'*apposizione dei sigilli*, una magistratura speciale è sempre là per mettere ai servigi di questa operazione interessante la sua mano direi piuttosto che la sua intelligenza; ma ogli è che si vuole la guarentigia che nasce dall'autorità. Prescindendo dalla successione ereditaria, ove l'esercizio è più frequente ed anche più esteso, noi alleghiamo altre tre specie principali che si distinguono dalle loro cause: 1° L'interesse pubblico; 2° La impotenza (non la incapacità) del proprietario; 3° L'interesse dei creditori. In altri termini: *qualità di funzionario pubblico; assenza; fallimento.*

In ogni occasione il pretore, e non altri che lui. « Il pretore, dice l'articolo 562 del Codice « di commercio, ricevuto l'avviso accennato « nell'articolo 549 (*) deve procedere entro le « ventiquattro ore all'apposizione dei sigilli, « tanto in presenza dei sindaci se v'intervengono, quanto in loro assenza ». Il pretore può anche procedere immediatamente, d'ufficio, o ad istanza di uno o più creditori « quando il « debitore siasi allontanato o siavi distrazione « di tutto o di parte dell'attivo ».

Gli articoli 848, 849 della procedura civile non trovano applicazione in veruno dei tre supposti casi.

Il solo pubblico Ministero può esercitare un'azione efficace *contro un depositario pubblico* vivente, o sulla sua eredità. Per domandare i sigilli sui *beni mobili dell'assente* bisogna mostrare qualità di successibile, o possedere un titolo di credito liquido e certo, della potenza di quelli onde si fanno i sequestri. Rapporto al fallimento, si è ricordato potersi domandare da creditori isolati la sigillazione, ma ad una condizione, *che la sentenza di fallimento sia pronunciata.* Per tutto ciò gl'indicati due articoli non sono applicabili, almeno nella loro estensione.

Non può concepirsi seria gara fra i chiedenti l'apposizione dei sigilli. L'opera di conservazione vale per tutti come un benefizio, a promuovere il quale niente si guadagna in particolare, ma tutto agli aventi diritto di cui si conoscerà più tardi la specifica esistenza.

Può bensì aver luogo *una domanda di revoca.* Il depositario pubblico, così nominato, non è veramente tale; e gli si è fatta l'ingiuria di mettere sotto sigilli i suoi mobili, recando al suo credito una profonda ferita. È facile il vedere che in questo e in casi consimili si può chiedere la revoca e la coattiva rimozione dei sigilli, e con essa un'emenda forse gravissima di danni. Innanzi ad un giudizio di questa natura sparisce l'autorità del pretore; la causa è portata ai tribunali secondo la regola comune.

In *una domanda di revoca di apposizione di sigilli* l'art. 857 non è mai applicabile alla lettera, ma solo per analogia, come si avvertì altrove; ed ora lo sarà allo stesso modo. Se la domanda fosse diretta al pretore, egli rinvierebbe le parti al *tribunale competente.* Ma si può anche declinare dall'intermedio pretoriale, e promuovere l'azione immediatamente avanti il tribunale competente (**). Passando all'esercizio del *diritto di opposizione alla levata dei sigilli*, che sarà caso raro nelle specie enunciate, ma è pure possibile, dovendosi tenere la via prescritta dagli articoli 858 e 859, avrà pure diretta applicazione il suddetto art. 858, capoverso 2°: *Il pretore rimette le parti all'autorità giudiziaria competente.*

2. *Ancora dell'autorità giudiziaria competente.*

Fermiamo l'attenzione sul caso di fallimento, come quello che si distingue dagli altri per la sua specialità.

a) Il *pretore*, lo abbiamo già detto, è in-

(*) Articolo 549. « Il cancelliere del tribunale di commercio dà immediatamente avviso al pretore del disposto della sentenza dichiarativa del fallimento, *che ordina l'apposizione dei sigilli*, e trasmette entro le ventiquattro ore al procuratore del re un estratto della sentenza, accennando le principali indicazioni e disposizioni in essa contenute ».

(**) Citando in via di nullità la parte a cui istanza si è proceduto alla ingiuriosa sigillazione.

caricato dalla legge all'*apposizione dei sigilli*, la cui estensione è delineata dall'articolo 563 del Codice di commercio.

Successivamente il Codice di commercio si occupa della *rimozione dei sigilli e dell'inventario*.

Sino alla nomina dei sindaci definitivi niuno vi ha che possa chiedere la rimozione dei sigilli. I sindaci definitivi ne fanno istanza *entro i tre giorni dalla loro nomina*. È questo il preliminare indispensabile dell'*inventario;* al quale, dice l'articolo 567, *sono applicabili le norme stabilite dal Codice di procedura civile*, salvo, ecc.

L'articolo 587 non dichiara che il concedere la *rimozione* dei sigilli appartenga al pretore, come si trova espressamente scritto nell'articolo 859 della procedura civile. Per altro due argomenti decisivi stanno per concludere, che il pretore è mantenuto nella sua giurisdizione anche per ciò che riguarda la levata dei sigilli. In forza di un articolo del Codice di commercio (529) *egli ordina l'apposizione dei sigilli e pronunzia sentenza*, che trasmette in estratto al procuratore del re. Se la rimozione dei sigilli è il fatto mediante il quale si risolve l'ordinamento della sentenza, essendo giunta la operazione conservatrice a quel termine in cui deve cessare per avere adempito al proprio scopo, la legge però esige che *se ne faccia istanza;* esige un nuovo decreto del pretore (articolo 859 della procedura civile). La istanza dev'esser fatta *dai sindaci* secondo l'art. 587 del Codice di commercio. A chi mai se non allo stesso pretore? A questo argomento razionale si aggiunge un altro di diritto positivo. È la disposizione del nostro articolo 865, che estende l'applicazione delle norme sancite in queste due sezioni ad ogni altro caso in cui abbia luogo *apposizione* o *rimozione di sigilli, eccetto che la legge stabilisca diversamente:* e qui non troviamo altra autorità surrogata a quella del pretore.

Per ultimo la funzione della cancelleria pretoriale, che si svolge dall'autorità del magistrato da cui il funzionario esecutore dipende, continua ancora. « L'inventario viene formato « dai sindaci per doppio originale, *in presenza « del cancelliere della pretura che lo firma* » (articolo 588 del Codice di commercio).

b) Ma ora fingiamo il caso di *una questione per la revoca dell'apposizione dei sigilli*, o *contro la loro rimozione*.

Tutto ciò è difficile a pensarsi in materia di fallimento: ma vediamone la possibilità. La sigillazione è caduta, o si pretende caduta, sopra effetti che non appartengono al fallito. Ecco un caso. La istanza per la rimozione fu fatta da altri che dai sindaci definitivi; qualche creditore si oppone nell'interesse della regolarità. Ecco un altro caso. Noi ricerchiamo l'autorità competente a giudicarne.

La competenza appartiene senza dubbio allo stesso tribunale di commercio. Potrebbe obbiettarsi che in materia di porre o levare i sigilli la stessa legge commerciale, quasi deflettendo dalla sua via, introdusse in quella operazione un'autorità civile: ma ci conviene ripetere che l'intervento del magistrato locale è garanzia di regolarità, la sua direzione nell'opera dei suggelli conferisce alla sua autenticità. In altre specie, egli è vero, questo non è il fine unico dell'intervento del pretore che ha qualche benchè limitata facoltà deliberativa; in causa però di fallimento può ben dirsi il *fine unico*. Egli difatti si porge quale *esecutore necessario* della sentenza del tribunale di commercio che, dichiarando il fallimento, ordinò l'*apposizione dei sigilli*. Ad ogni modo la podestà del pretore cessa semprechè sorga una questione sul *diritto*. Non parliamo adunque della giurisdizione del pretore; nè dall'ufficio ch'egli presta sia lecito inferire alla giurisdizione di qualche altra autorità dell'ordine civile.

Giudicando della legittimità e regolarità della sigillazione, degli effetti che ha prodotto, delle cause di rimuoverla, e via discorrendo, il tribunale di commercio *decide un incidente del fallimento;* conosce delle facoltà del fallito, di azioni ad essa relative; qualche volta simili controversie sono involute nel giudizio di opposizione contro la stessa sentenza di fallimento (articolo 693 del Codice di commercio).

Digitized by Google

CAPO II.

DELL' INVENTARIO

Articolo 866.

L'inventario può essere domandato da chiunque abbia diritto di chiedere la rimozione dei sigilli, e si fa dal cancelliere della pretura quando o non sia stato nominato un notaro dal testatore, o sull'istanza della parte il pretore non creda di commettere un notaro del luogo.

Chi domanda l'inventario deve eleggere domicilio nel comune o nel mandamento in cui si deve procedere, con l'indicazione della persona o dell'uffizio presso cui viene eletto. Se vi abbia domicilio, o residenza, può invece dichiarare la casa in cui ha l'uno o l'altra.

Annotazioni.

1. *Si deve fare l'inventario:*

a) Ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente (articolo 29 del Codice civile);

b) Dal tutore, a cominciare nei dieci giorni dalla notizia della sua nomina (art. 281, ivi);

c) Dall'usofruttario (articolo 496, ivi);

d) Dall'esecutore testamentario, quando fra gli eredi vi siano minori, interdetti e assenti, od un corpo morale (articolo 908, ivi);

e) Dal curatore dell'eredità giacente (articolo 982, ivi);

f) Dai sindaci definitivi del fallimento (articoli 587, 588, 589 del Codice di commercio);

2. *Persone che possono domandare la formazione dell'inventario.*

La legge viene ritessendo la sua formola. Nell'articolo 866 dice che l'inventario può esser domandato *da chiunque abbia diritto di chiedere la rimozione dei sigilli;* e nell'857 che la *rimozione* può chiedersi da chi *può chiedere l'apposizione.* Ciò fu anche spiegato trattando della rimozione dei sigilli. Ma l'inventario non è sempre preceduto dalla sigillazione. Dovrà provarsi un interesse legittimo, e questo è l'essenziale; non vi ha propriamente una regola tassativa: molto dipenderà dal senno prudente del magistrato.

Qui è d'uopo por mente al diritto di coloro che non hanno nella eredità che una vocazione eventuale o un dominio imperfetto.

Niun dubbio che l'erede condizionale (posto che una tale vocazione sia ammessa dalla legge) non abbia diritto di promuovere la formazione dell'inventario. *Che dovrà dirsi dell'erede nella nuda proprietà?*

In generale non si esita dal rispondere affermativamente. « L'héritier, investi de la nue « propriété, insegna CHAUVEAU, *ne pourrait « être considéré comme dépouillé du droit de « requérir l'inventaire* que tout autant qu'il « serait sans intérêt à former cette demande » (In CARRÉ, quest. 3141 ter; BERRIAT, p. 699, n° 3, 2). Ma quest'azione dell'erede proprietario suppone l'obbligo di conservare e di restituire nell'usufruttuario; quindi la massima si viene limitando qualora l'usufruttuario sia stato esonerato nel testamento dal fare inventario (PIGEAU, *Commentaire*, tom. II, pag. 646). Se la volontà del legislatore fosse autorizzata dalla legge, il proprietario dal canto suo non avrebbe facoltà di eluderla; ma alcuni pensano che l'usufruttuario non risentirebbe altro vantaggio dalla disposizione del testatore tranne quello di non sostenere le spese dell'inventario. Si allegano due decisioni in questo senso, l'una della Corte di Parigi del 20 ventoso, anno XI, l'altra della Corte di Bruxelles, del 10 giugno 1812.

Per noi non vi è disputa possibile. L'usufruttuario *non può conseguire il possesso se non fatto l'inventario dei mobili, e la descrizione dello stato degl'immobili, a sue spese.* La dispensa del testatore è una vera dispensa, perchè l'usufruttario non è più tenuto a far l'inventario, *che potrà esser richiesto dal proprietario a proprie spese* (articolo 496 del Codice civile).

3. *Della prelazione fra i competitori dell'inventario.*

Poco s'intende quale interesse possa aversi per essere preferito ad altri nella compilazione di un inventario, che è fatto nell'interesse comune. Se l'istante in nome del quale il pretore accorda la compilazione dell'inventario fosse investito di una certa ingerenza direttiva, di una certa facoltà di regolare il procedimento, come il creditore che è in possesso degli atti esecutivi, qualche cosa da parere un interesse, potrebbe ravvisarsi in lui, ma l'inventario è governato da pubblici ufficiali. Non vi è dunque terreno solido per costituirvi un diritto, e la legge difatti non se ne occupa in verun modo.

In questo stato di cose io ritengo che proferito dal giudice il decreto per la formazione dell'inventario, niuno possa sorgere a contraddirvi sotto colore di avere un diritto più forte e di meritare la preferenza.

L'unico caso, a mio avviso, nel quale potesse suscitarsi la gara sarebbe ore *le istanze fossero contemporanee*, o *almeno anteriori alla pronuncia del decreto.*

Io non ammetto che questa sola combinazione, e nondimeno vi è da scegliere fra più opinioni. Ve n'hanno tre. Chi crede veramente in un diritto di preferenza stabilito nella ragione più potente del proprio titolo (Carré, quest. 2141; Berriat, tom. II, pag. 690); altri vuol lasciarne al giudice l'arbitrio (Demiau-Cronzilhac, pag. 621); ed altri non trovando motivo a distinguere, ammette la istanza collettiva (Rolland de Villergues, *Répertoire du Notaire*, tom. IV, pag. 399). Dalloz ne dà un cenno nel *Répertoire* (v° Scellés et Inventaire), e nulla conclude. Il Chauveau tenendo una via di mezzo, e *insieme la più giusta*, decide potersi ammettere *la distinzione per categorie;* gli eredi, i legatarii, saranno preferiti *ai creditori;* ma se i richiedenti appartengono alla stessa categoria (*), si ammettono congiuntamente e senza distinzione.

4. *Degli ufficiali competenti alla formazione dell'inventario.*

Precedenti storici. — 1. Da tempo antico e in Francia e in Italia i notai sono in possesso di fare gl'inventarii; in qualche consuetudine, e più specialmente nelle dizioni feudali, secondo si narra, preferivasi il cancelliere del tribunale. La legge francese del 6 e 27 marzo 1791 (Organisation judiciaire) restituì questa funzione integralmente ai notai. « La confe« ction des inventaires, procès-verbaux de dé« scription et de carence des successions, n'ap« partiendra pas au juge de paix, mais aux « notaires, même dans les lieux ou elle été « attribuée aux juges ou aux gréffiers » (articolo 10 di detta legge).

La legge di procedura francese venne poi a regolare il diritto di nomina. Il coniuge in comunione di beni, gli eredi, e i legatarii a titolo universale *potevano convenire per la scelta di uno* o *due notai*, *come di uno* o *due stimatori* o *periti;* e non trovandosi d'accordo, la nomina era demandata al presidente del tribunale (articolo 935 del Codice di procedura). Fra i notai presentati dalle parti, il presidente poteva scegliere (Debelleyme, tom. II, pag. 201). L'articolo 935 si riteneva derogatorio dell'articolo 1031 del Codice Napoleone, che stanziava un diritto nell'esecutore testamentario di scegliere l'ufficiale ministeriale che dovrebbe compilare l'inventario a preferenza degli stessi eredi.

Se il testatore avesse facoltà di deputare i notai dell'inventario, era controverso. Sembrava anzi prevalere l'opinione negativa. Si contrastava questo diritto *oltre tombe;* non si sa in qual ragione fosse fondato un tale potere (Rolland de Villargues, *Répertoire*, n° 64), Come per trovare un ripiego, si sottilizzava dicendo che per far passare questo suo comandamento, il testatore avrebbe dovuto crearne una clausula risolutiva della stessa successione (Dalloz, *Répertoire*, v° Inventaire, n° 191). Singolare che il testatore che impone ai suoi posteri tanti voleri, non avesse potuto imporre ancor questo!

2. La nostra legislazione consacra quella facoltà del testatore. La elezione fatta dal testatore dev'esser preferita ad ogni altra. Se la persona nominata fosse già partita dal mondo, nulla potrebbe dedursi dalla disposizione caduca; non potrebbe neppure dedursi che ad ogni modo il testatore ha voluto preferire la classe dei notai all'opera di un cancelliere. Si dovrebbe sempre dire ch'egli ebbe fiducia nell'individuo da lui eletto, e questo mancato, deve rientrarsi nell'ordine legale. Se il testatore avesse dettato che in tutti i casi dovrebbe preferirsi un notaio ad un cancelliere, si avrebbe come non scritto, perchè proclamando la diffidenza contro un ceto rispettabile di funzionarii, sarebbe immorale.

Fuori della legge del testatore, che dovrebbe seguirsi nei limiti divisati, la regola è che al

(*) Così, per esempio, gli eredi e l'esecutore testamentario.

cancelliere si appartiene la fazione dell'inventario. La facoltà del pretore di nominare un notaio non eccede la sfera locale, e s'intende nei brevi termini della pretura, ad economia di spese.

Una limitazione a codeste regole è scritta nell'articolo 282 del Codice civile. Se gli eredi sono minori di età. Se il testatore non deputò un notaro, e il deputato è morto, la nomina appartiene al consiglio di famiglia.

Articolo 867.

Quando alla rimozione dei sigilli e all'inventario si debba procedere da un notaro, il cancelliere gli rimette, ritirandone ricevuta,

1° Le chiavi di cui nell'artirolo 851;

2° La copia del processo verbale d'apposizione, dell'istanza e del decreto per la rimozione dei sigilli;

3° La copia del decreto indicato nell'articolo 856, se questo abbia avuto luogo;

4° Una nota delle opposizioni che gli siano state notificate, con indicazione della data delle stesse notificazioni, del nome, cognome e della condizione degli opponenti, e della residenza o del domicilio dichiarato o eletto da essi.

Le dette copie e nota si devono unire all'inventario.

Articolo 868.

Hanno diritto di assistere alla formazione dell'inventario:

1° Il coniuge superstite;

2° Gli eredi legittimi presunti;

3° L'esecutore testamentario, gli eredi istituiti e i legatarii, se il testamento sia noto;

4° I creditori che abbiano fatto opposizione alla rimozione dei sigilli.

Annotazioni.

1. *Creditori.*

Quei creditori che poterono domandare la formazione dell'inventario non hanno però diritto ad *assistere all'inventario*, diceva il PIGEAU, senza preoccuparsi dell'anomalia, poichè, perfetto testista com'era, trovava che l'articolo 942 della procedura francese non annoverava i creditori fra coloro *in presenza dei quali deve farsi l'inventario.* Giureconsulti altrettanto valenti, quali erano MERLIN, BERRIAT SAINT-PRIX, si fondavano nell'art. 932 per sostenere che i creditori *i quali avessero fatta opposizione alla levata dei sigilli*, dovevano esser chiamati per assistere all'inventario. Quest'opinione era divisa anche dal CARRÉ, (quest. 3142). Invece il BILHARD, scrittore speciale sulla materia, si contentava a questo, che quei creditori avrebbero anche potuto, volendo, assistere all'inventario; senza che però fosse necessario il loro invito o presenza (*Du bénéfice d'inventaire*).

L'articolo 932 del Codice di procedura francese era una legge singolare. Invero permetteva ai *creditori opponenti* di assistere all'inventario (che era il concetto di BILHARD); ma soltanto *à la première vacation* (sessione): nelle successive non avrebbero potuto intervenire che per mezzo di mandatario, e di un solo mandatario. *Par mesure d'économie*, nota BOITARD al detto articolo.

La nostra legge non *permette* soltanto, ma attribuisce diritto al creditori *che hanno fatta opposizione alla rimozione dei sigilli*, non per una sola sessione, ma per tutto il corso dell'inventario.

Ma non basterebbe forse avere domandata l'*apposizione dei sigilli* per avere un eguale diritto?

Non basterebbe. Rammentiamo che quell'atto ha talmente e semplicemente *un carattere conservatorio*, che può eccitarsi da chi non ha e non avrà mai il menomo diritto sul patrimonio (articoli 848, 849): ecco dunque un atto che per se stesso non attribuisce diritti.

Vero è che, rispetto ai creditori, ci si guarda in viso; si esige, per così dire, il passaporto (*):

(*) *V.* l'articolo 848, e le Annotazioni relative.

la loro entrata non è facilmente ammessa. Ma in ogni modo, chi si limita a domandare l'*apposizione dei sigilli*, dovrà bensì giustificare in qualche caso, come in questo, un forte interesse; ma quanto a lui non gli si può ascrivere altra intenzione ed altro scopo che quello solamente di giovare al patrimonio con un mezzo legale di assicurazione.

L'*opposizione alla rimozione dei sigilli*, specialmente promossa da un creditore, inchiude il particolare significato *di opporsi alla compilazione dell'inventario, se lui pure non sia presente*; ed è questo certamente il significato al quale la legge aderisce; dacchè una volta ammessa e sanzionata dal giudice la opposizione, partorisce il diritto *assoluto, imprescindibile* di assistere all'inventario.

Coll'approfondire di più l'argomento, si domanderà ancora *perchè mai i creditori opponenti alla rimozione dei sigilli acquistano il diritto* di essere citati, e intervenire nell'atto dell'inventario; ed altri creditori, forse provveduti di titoli migliori, non siano punto considerati. La legge non pone a condizione di questo diritto un giudicato qualunque onde risulti giustificata la opposizione, secondo i motivi più o meno valevoli, da cui fosse sostenuta (*).

Non sarà mal intesa, io credo, la legge nel suo spirito (**), quando *allo stesso fatto puro e semplice della opposizione* non si attribuisca questa virtù di conservare un'azione e di renderla esercibile. Ne troviamo tanti esempi nel Codice, che non è mestieri il venirli additando. A ciò si aggiunge, che non si può assumer veste di opponente legittimo se non si è nelle condizioni volute dall'art. 847, n° 4. Il pretore deve apprezzarne i motivi, esaminar i titoli; per cui la stessa opposizione, in quanto mira ad aver parte nell'atto dell'inventario, ha già un appoggio legale.

3. *Della presenza del tutore o protutore all'inventario.*

È chiaro che quando nell'art. 868 si parla di *eredi legittimi presunti*, di *eredi istituiti*, ecc., s'intende che, essendo incapaci, si cita per essi il loro rappresentante.

Che il tutore *possa intervenire* alla confezione dell'inventario, non si revoca in dubbio; egli vi ha un personale interesse, perchè deve rispondere di tutte le cose che passano nell'inventario, quindi dev'essere citato, ov'egli stesso non proponga la domanda. Che però l'inventario senza la presenza di lui sia irregolare, non può in verun modo sostenersi: la legge esige principalmente l'intervento del *protutore*. « L'inventario si farà *coll'intervento* « *del protutore* e coll'assistenza di due testi- « monii, da scegliersi fra i parenti o gli amici « della famiglia per mezzo del notaio nomi- « nato dal tutore, o altrimenti dal Consiglio di « famiglia » (articolo 282 del Codice civile).

Quei commentatori dell'articolo 451 del Codice Napoleone, che non ritengono necessaria la presenza del protutore se non quando si verifichi discrepanza d'interessi fra il tutore ed il minore (ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire des notaires*, tom. IV, pag. 401; DURANTON, tom. III, n° 415), danno una interpretazione, che può esser ragionevole in relazione a quell'articolo, che si esprime così: « (Il tu- « tore) farà immediatamente procedere all'in- « ventario dei beni del minore *in presenza* « *del surrogato tutore* ». Senza dare il mio espresso suffragio a simile interpretazione, dico però che la espressione del nostro testo è più decisa, e non ammette dubbii sulla necessità dell'intervento del protutore.

Per parte mia sono convinto che non vi è materia per distinguere; che non deve ricercarsi se gl'interessi del tutore siano o no all'unisono con quelli del pupillo, distinzione che io reputo arbitraria. Io trovo invece un profondo antivedere della legge in questo necessario intervento del protutore. È un vero controllo dell'operato del tutore e una garentigia della sua futura amministrazione. L'interesse personale del tutore, immorale ma dalla legge paventato, sarebbe nel lasciar fuori dell'inventario, nell'omettere, nel dissimulare molte cose, perchè di quelle non sarà poi chiamato a render conto. L'interesse del pupillo è per conseguenza contrario. Il protutore, esonerato dall'amministrazione abituale, esercita un ufficio proprio del suo carattere e inerente alla sua missione (articolo 266 del Codice civile), *non perchè la contraddizione degli interessi sia manifesta, ma perchè è temuta e possibile*. È insomma una cautela che, come tutte le cautele, previene e tranquillizza sul buon esito di una operazione.

4. *Il minore emancipato non può assistere all'inventario senza la presenza del curatore.*

In altri termini, la presenza del curatore è necessaria. Io segno in questo l'opinione di ROLLAND DE VILLARGUES (*Répert. du notaire*, tom. IV, pag. 401) contro CHAUVEAU e FAVARD DE LANGLADE. Nè osta che il minore emanci-

(*) Devono indicarsi i *motivi della opposizione* (articolo 860, n° 3).

(**) Spesso, *spirito della legge*, intendiamo il suo stesso sistema, la sua ragione organica e generale.

pato possa domandare l'inventario senza l'assistenza del curatore. Ognun vede che in questo caso egli fa atto tanto utile quanto innocuo; laddove gravi difficoltà, cui egli non saprebbe riparare, possono sorgere nella formazione dell'inventario, ed a gravi pregiudizii può andare incontro.

Articolo 869.

Non può procedersi all'inventario, se non siano presenti o citate le persone indicate nell'articolo precedente.

La citazione esprime il luogo, giorno e l'ora in cui si darà principio all'inventario.

Tra la citazione e l'inventario deve esservi l'intervallo almeno di tre giorni.

Non è necessaria la citazione di coloro che non abbiano il domicilio o la residenza nella giurisdizione del tribunale, nella quale si procede all'inventario. In loro vece si cita il notaro che, sull'istanza del richiedente, sarà delegato dal pretore per rappresentarli.

Annotazioni.

1. *Della citazione.*

Il CHAUVEAU ci porge la differenza che passa fra una citazione alla levata dei sigilli e quella per assistere all'inventario. È d'uopo tenersi al suo insegnamento: « Il ne faut pas croire « cependant que ces deux actes soient de la « même nature. La sommation, afin d'assister « à la levée des scellés, est un acte de la jus- « tice de paix, rédigé et taxé suivant les règles « propres à cette jurisdiction. Mais lorsqu'il « s'agit de l'inventaire, l'on rentre dans la « règle générale; *et c'est par une sommation « en forme ordinaire* que les parties doivent « être appellées » (in CARRÉ, quest. 3145 bis). Il giorno era già destinato dal pretore sulla istanza stragiudiziale che gli venne fatta (articolo 866).

2. *Se la inosservanza del prescritto nell'articolo* 869 *porti per conseguenza la nullità dell'inventario.*

La questione è grave e per sè e per le conseguenze. Quale disordine dall'annullamento di un inventario; quali effetti enormi potrebbero anche attaccarsi alla distruzione dell'inventario, fra gli altri, la decadenza del beneficio invocato dall'erede, se intanto il tempo fosse trascorso!

Ora due modi di violazioni possono concepirsi dell'articolo 869: 1° Omissione di quelle persone che, secondo l'articolo 868, *hanno diritto di assistere alla formazione dell'inventario;* 2° Vizi e difetti di forma nell'atto di citazione.

Pare che la luce dei commenti sia giunta molto scarsa su questo punto di diritto giudiziario che merita pure seria attenzione. Parlando in primo luogo della *omissione* di quelli ai quali l'articolo 868 guarentisce il diritto di assistenza, il rapporto fra questo medesimo diritto e l'entità giuridica dell'inventario non è forse essenziale? Analizzando il concetto dell'inventario sembra i suoi elementi costitutivi essere i seguenti: 1° Descrizione particolareggiata, precisa, dei singoli oggetti mobili in modo da riconoscerne la identità (verità materiale); 2° Autenticità, nella qualità legale dei funzionarii che vi si adoprano e la costruiscono (verità morale); 3° Intervento di coloro che avrebbero diritto d'impugnarlo. Ciò rende comune ad essi l'inventario, *e ne forma il carattere convenzionale e obbligatorio.*

È questo il vero aspetto sotto il quale deve considerarsi l'inventario rimpetto a quelle parti che hanno diritto di concorrere nella sua formazione. È d'uopo che l'inventario si presenti come una convenzione, mentre non è imposto alle volontà dissenzienti come un giudicato; e il giudicato non potrebbe imporlo se il consenso di coloro che hanno diritto d'intervenire non si fosse prestato o almeno richiesto.

Altrimenti l'inventario sarebbe *res inter alios acta.*

L'inventario di conseguenza sarebbe nullo? Non lo sarebbe *assolutamente;* laonde *non impugnato* produrrebbe tutti i suoi effetti; ma lo sarebbe *relativamente*, ossia lascierebbe aperto il varco alle eccezioni di coloro che, avendo diritto d'intervenire, non furono chiamati.

Ritorniamo alla questione di nullità rapporto alle due prime condizioni.

L'inventario consiste materialmente nella descrizione particolareggiata e precisa: se non si avesse che un zibaldone confuso, un elenco imbrogliato, sterile di dettagli da non ricono-

Digitized by Google

scere le cose, e tale che non si potesse farvi una sufficiente addizione delle cose mancanti, prodotto della negligenza o della frode, niun dubbio che inventario, nel senso legale della parola, non sarebbe: la nullità sarebbe evidente.

Nullo assolutamento è l'inventario, ossia come non fatto, rispetto alle sue conseguenze legali, *se gli uomini che l'ordinarono e lo condussero non avevano giurisdizione* (*).

Da ciò si vede che la nullità della terza maniera è più ristretta: l'abbiamo chiamata *relativa*.

Bisogna peraltro aggiungere che l'inventario non avrebbe alcuna efficienza se l'ordinamento degli articoli 868 e 869 fosse stato *interamente* negletto e violato. Noi ci mettiamo in una ipotesi meno estrema e più frequente; supponiamo essersi trascurati *alcuni degli interessati* senza un manifesto e ingiustificabile disprezzo delle regole stabilite.

Gli *interessati* di cui parliamo, variano secondo lo scopo e fine dell'inventario. L'inventario è prescritto per cause e fini molto diversi; quindi diversi e differenti ordini di persone vi sono invitati, e anche in qualche caso non occorre citazione. Senza troppo occuparci di particolari, ci riportiamo alla succinta enumerazione che abbiamo dato all'articolo 866. Talvolta l'inventario non richiede altra garanzia che quella dell'autorità che la governa e dirige (articolo 29 del Codice civile). Nel caso dell'usufruttuario si può credere necessaria la citazione dell'erede proprietario (articolo 496 del Codice civile). In fatto d'inventario di un'eredità giacente, si procede d'uffizio, o senza citazione. In materia di fallimento il Codice di commercio ha regole speciali.

Rientrando pertanto nel nostro soggetto in cui la teoria spiega il suo lato più interessante, e lasciando delle altre specie, restringesi anche di più la sfera della nullità, osservando che non si avrebbe obbligo di citare coloro *che non fossero noti* o non si potessero conoscere senza difficoltà, o *quelli che non hanno domicilio* o *residenza nella giurisdizione del tribunale* (articolo 869, ultimo periodo). Da questa disposizione agevolmente si deduce che la legge non ammette *una sostanziale importanza alla chiamata personale dei singoli interessati*, benchè prudentemente costituisca a rappresentarli un pubblico ufficiale, come ora diremo.

Appresso queste varie eliminazioni, noi troviamo che il difetto della citazione di coloro che avevano diritto di intervenire all'atto dell'inventario, produce i seguenti effetti: 1° Che potranno a loro volta citare onde si dichiari avere diritto di assistere all'inventario, e frattanto si sospenda la sua formazione; 2° Che compiuto l'inventario, non essendosi curati di promuovere tale domanda, potranno eccepirlo o nel totale o nelle parti, *quando dimostrino il loro interesse*.

Potranno eccepirlo nel *totale*. Tizio è creditore di lire centomila verso la eredità che fu accettata col beneficio dell'inventario. Tizio creditore, opponente alla rimozione dei sigilli (art. 868, n° 4), non venne citato. Ciò nonostante il credito di Tizio fu enunciato, ma in sole trentamila lire. Tizio oppone la inesistenza dell'inventario rapporto a lui: rapporto a lui, trattasi di un erede puro e semplice che deve pagare del proprio tutto quel di più che fu dimenticato nell'inventario.

Potranno eccepire l'inventario *nelle parti*. Il coniuge superstite che non venne citato, fa espungere dall'inventario, ch'egli non riconosce, una certa quantità di telaggi e biancherie che si supposero di proprietà del defunto, e invece a lui appartengono, e ne ottiene la restituzione.

La condizione si è che *dimostrino il loro interesse*. Perchè si è creditori opponenti, perchè si è il coniuge superstite, non basta per attaccare l'inventario; deve risultare lo scopo; che si tende con ciò a guarentire o realizzare dei diritti che per esso sarebbero stati pregiudicati.

b) Uno sguardo alla citazione irregolare e nulla, e agli effetti che la nullità produce rapporto all'inventario.

Se la citazione dev'essere come ogni altra citazione, munita dei requisiti sostanziali, quando ne manchi, è dunque una citazione nulla (articolo 145). Se nondimeno l'*inventario ha avuto il suo compimento*, la nullità della citazione non porterà l'esorbitante effetto di annullare anche l'inventario. L'effetto sarà sempre quello che si è venuto di sopra analizzando; la citazione o nulla o non regolarmente notificata equivarrebbe al difetto di citazione e di chiamata.

Ma colui che fu nullamente citato non potrà forse a suo grado aprire un giudizio *perchè la citazione stessa sia dichiarata nulla?*

Ma come potrebbe farlo? *La sua comparizione sanerebbe la nullità*. La sua corsa sarebbe subito arrestata da quel muro di bronzo,

(*) S'intende sempre dove l'inventario è prescritto da legge: fuori di questo, un inventario non è men valido se fatto per notaio, talchè abbia carattere di atto pubblico, quantunque per mandato di privati.

che è l'articolo 190. Se comparite per domandare la nullità della citazione, dunque la citazione l'avete avuta; dunque sapete che si fa l'inventario: ebbene, intervenite e mettetevi in fila cogli altri. Non permettiamo giri viziosi; se tardi si è avuta la notizia, si avrà forse facoltà, secondo le circostanze, di domandare la ripetizione di certi atti o descrizioni che si trovassero meritevoli di riforma, dannosi al proprio interesse, e via discorrendo: ciò è quanto potrà farsi (*).

2. *Della rappresentanza notarile.*

a) Chi procede alla formazione dell'inventario con istanza al pretore (articolo 866), fa nominare un notaio *che sarà delegato dal giudice per rappresentare quegli interessati che vivono al di là della cerchia della giurisdizione del tribunale.*

b) Domando: se debbano esprimersi i nomi di codesti rappresentati onde il pubblico ufficiale sappia almeno per quali persone riceve dalla legge il tacito mandato?

Per rispondere esattamente, si vorrà in qualche modo definire il titolo e l'oggetto di questa rappresentanza.

È generale l'oggetto, cioè per sopravvegliare e curare tutto quanto concerne l'ordine, la regolarità, la lealtà delle operazioni dell'inventario; ovvero deve il notaio occuparsi anche *dei singoli interessi*, che di sovente saranno dissimili o discordi?

Chi mai potrebbe sostenere che questo uffiziale, *mandatario unico* di chi sa quanti lontani e assenti, debba o possa occuparsi degli affari di ciascheduno di essi? Ciò non è possibile. Resta dunque ch'egli si adoperi bensì pel loro bene e vantaggio; ma in quanto il bene deriva ad essi, come a tutti gli altri, dall'ordine, regolarità e lealtà delle suddette operazioni. Sotto questo aspetto è inutile il sapere chi mai siano i suoi taciti e presunti mandanti: il notaio è un nuovo funzionario aggiunto nell'interesse dell'ordine; ecco tutto (**).

Malgrado queste avvertenze, che mi sembrano incriticabili, una ragione vi è perchè siano pronunciati i nomi degli assenti o lontani (in quanto possano essere noti), o la ragione è questa, che si conosca se colui che procede alla compilazione dell'inventario abbia fatto il debito suo, se abbia adempito alla legge: onde quelli che in tal modo furono regolarmente citati non abbiano ad oppugnare l'inventario, considerandosi quai terzi che non furono citati.

c) *Quegli interessati che sono fuori della giurisdizione del tribunale potranno farsi rappresentare da altri che dal mandatario legale, il notaio?*

Primieramente, dal non esser necessario il citarli, non se ne deduce che non possano citarsi nominalmente. Citati, potranno bene autorizzare un rappresentante. Citati anche nella persona del notaio, potranno presentarsi o farsi rappresentare da speciale mandatario che curi più particolarmente il loro interesse.

Anticamente in Francia il pubblico ministero rappresentava *i non presenti*, o dimorassero oltre i cinque miriametri prescritti, o si trovassero entro quella linea, e citati non fosser comparsi (PIGEAU, *Procéd. de Châtelet*, tom. II, pag. 300). Si è creduto meno compatibile quella funzione colla dignità del Ministero pubblico, cui in tempi più vicini è stato surrogato il notaio. Questo fatto storico deve assicurarci di due cose: 1° Che la rappresentanza del notaio è piuttosto *generale* che speciale nell'interesse dei singoli; 2° Che il rappresentato ha diritto di intervenire di persona o di farsi rappresentare da mandatario speciale, se è vero che ciò che è costituito a causa di benefizio non può rivolgersi in danno, come sarebbe se ci fosse proibito di provvedere anche meglio al nostro interesse (***).

Articolo 870.

L'uffiziale che procede all'inventario deve nominare uno o più periti per la stima degli oggetti mobili.

Il giuramento dei periti è prestato davanti lo stesso uffiziale.

(*) Questi sono i dettami della ragione. La legge è muta; gli autori hanno sorvolato o toccato questo punto con una esitanza e un non saper che dire, che non pare credibile: nella giurisprudenza le tracce sono poche o inconcludenti.

(**) Il notaio potrà, per esempio, opporsi a certe dichiarazioni che si volessero porre nell'inventario in odio degli assenti, ed egli in loro nome protesterà per la salvezza dei loro diritti. In questo modo l'indirizzo del suo mandato avrebbe una manifestazione, ma sempre nell'interesse generale della verità o della giustizia.

(***) Io non credo che per la nostra legge si possa ammettere l'intervento di *due notai*, che nel sistema francese è permesso (articolo 935 del Codice di procedura civile). Si evita qualche spesa di più e qualche questione di più, fra le quali se *amendue i notai* o se uno solo dovesse conservare nei suoi rogiti la matrice dell'inventario.

Articolo 871.

Quando non si possa terminare l'inventario nel giorno indicato dalla citazione, è continuato nei giorni successivi mediante avviso verbale che l'uffiziale procedente dà alle parti presenti, senza altra formalità.

Articolo 872.

Oltre le formalità stabilite per gli atti ricevuti da notaro, l'inventario deve contenere:

1° Il nome e cognome, la condizione dell'istante, e la dichiarazione o l'elezione di domicilio o residenza a norma dell'articolo 866;

2° Il nome, cognome e la residenza degli intervenuti, dei citati non comparsi, e del notaro delegato a norma dell'articolo 869, con menzione del decreto portante la delegazione;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei periti nominati, e la indicazione del giuramento prestato da essi;

4° L'indicazione della citazione notificata agli interessati;

5° La menzione della ricognizione dello stato dei sigilli, della loro verificazione e rimozione, e dei provvedimenti indicati nel capoverso dell'art. 862, se i sigilli siano stati apposti;

6° La designazione degl'immobili, coll'indicazione della loro natura, del comune in cui si trovano, dei loro confini, e dei numeri del catasto, o delle mappe censuarie;

7° La descrizione e la stima dei mobili, la quale deve essere fatta a giusto valore, colla specificazione del peso e del marchio per gli oggetti d'oro e d'argento;

8° La designazione della quantità e specie delle monete per il denaro contante;

9° L'indicazione dei titoli attivi e passivi risultanti da atto pubblico;

10° La descrizione delle altre carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo, le quali devono sottoscriversi in principio e in fine dall'uffiziale che procede. Dei libri o registri di commercio si deve accertare sommariamente lo stato, sottoscrivere i fogli, e lineare gli intervalli dallo stesso uffiziale;

11° L'indicazione del modo con cui si sia provveduto alla custodia delle altre scritture;

12° La menzione delle persone a cui siano state consegnate le carte e i mobili inventariati;

13° L'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente, e la risposta sul proprio onore data da coloro, che prima dell'inventario ebbero la custodia dei mobili o abitavano la casa in cui erano riposti, se conoscano che vi sia altro a descrivere, e se sappiano direttamente o indirettamente che manchi alcun oggetto caduto nella successione;

Quando sorga contesa tra gli interessati se qualche oggetto debba o no inventariarsi, l'uffiziale lo descrive nell'inventario, facendo menzione delle osservazioni e istanze delle parti.

L'inventario deve essere sottoscritto ad ogni interruzione, e alla fine, dagli interessati presenti, dai testimoni e dall'uffiziale.

Digitized by Google

Annotazioni.

Faremo onore alla previdente accuratezza del legislatore, occupandoci piuttosto di qualche concetto complesso, mentr'esso ci porge una serie di particolari i più esatti.

1. *Materia dell'inventario.*

L'inventario comprende ogni sorta di beni, mobili ed immobili, colla nota differenza che i mobili sono descritti e stimati, e gl'immobili semplicemente descritti (designati), coi caratteri però e coi segni distintivi ordinati al n° 6 del nostro articolo 872.

Ogni oggetto mobile, niuno eccettuato, deve essere stimato?

Questo è ciò che dichiara espressamente il n° 7 del suddetto articolo; eppure ci sono delle limitazioni che si comprendono al solo annunziarle.

Il *manoscritto di un'opera scientifica* come si stima? su quali basi? Bisognerebbe studiare il libro e apprenderne il merito intrinseco; ma questo è troppo per un inventario, è troppo poco per valutare il libro nel rispetto economico. Siamo in Francia, in Italia o in Ispagna per sapere cosa vale un libro? Ecco tre paesi che misurano a grandi distanze il prezzo sonante di un libro. Libri senza un valore proprio, ne acquistano dalle circostanze uno straordinario; non cito esempi, non nomino autori; anzi mi fermo qui per dire che un manoscritto è inestimabile; e se si portasse l'ossequio della legge sino a stimare un manoscritto (prima almeno di aver conferito coll'editore), si farebbe una cosa che la legge stessa non può richiedere, cioè una cosa inutile.

Un manoscritto di antico e celebrato autore, un manoscritto che contenga monumenti storici inediti e rari, ecco altri generi di manoscritti che sfuggono alla prescrizione dell'articolo 7 e dell'articolo 872 che desidera proprio il *giusto valore.*

In questi casi basterà una estimazione, che chiameremo razionale, a giudizio di persone intelligenti (*).

Pitture-quadri.

Certamente lo scopo della legge, esigente il *giusto valore*, si è che quello che è tenuto a renderne conto, il tutore, l'erede beneficiato, ecc., trovino nella stima la misura della loro responsabilità se per colpa loro il mobile perisca o si disperda.

La stima di una pittura illustre, sempre difficile, è però meno difficile di quella di un manoscritto inedito per queste ragioni. Perchè il linguaggio della pittura è più intelligibile di quello di un libro. Perchè ha un numero d'interpreti molto maggiore. Perchè è cosmopolita; i quadri viaggiano per tutto il mondo; per conseguenza le idee del commercio, che hanno dovuto allearsi coi grandi apprezzamenti dell'arte, sono meglio stabilite su questo punto.

Effetti di valore relativo.

Vi hanno, specialmente in commercio, cose mobili di valore relativo, che hanno cioè una reale importanza ed un costo proporzionato all'impresa a cui servono; e ne avrebbero uno diverso e ben tenue isolati da quella. Gli attrezzi e gl'istrumenti di una nave, di una macchina industriale, di uno stabilimento meccanico valgono in un rapporto d'insieme, secondo il grado di servigio che prestano; staccati, divisi, o non avrebbero pregio, o ne avrebbero uno assai tenue.

Stando alla lettera del testo, le cose si descrivono, l'una dopo l'altra, individualmente; di *valore correlativo*, non si trova cenno; nondimeno la natura delle cose detta che la descrizione dei singoli istrumenti, che formano per esempio uno stabilimento tipografico, una fonderia d'armi, una fabbrica di spille, devono bensì individuarsi nella descrizione onde non isfuggano; ma si finirà coll'attribuire al totale un valore che rappresenterà la importanza, la forza e capacità produttiva dello stabilimento, che, unita allo spirito vivificante del credito di cui gode in commercio, darà per risultato l'idea del valore che indarno si chiederebbe alle singole parti.

Indicazione di titoli attivi e passivi risultanti da atto pubblico (n° 9).

Voglio avvertire che una specie di confusione si era prodotta nella redazione del Codice di procedura francese, onde gli interpreti si trovavano in un certo impaccio. Dice il n° 6 di quell'articolo 943, che *le carte devono essere progressivamente numerizzate e contrassegnate dalla mano di uno dei notai*, ecc. Poi si passa al n° 7, che ordina: *la dichiarazione dei documenti di attività e passività* (**). Sembrava che per codesti documenti, che meglio noi chiamiamo *titoli*, non si esigesse che una *descrizione;* ma sentendosi tutta la forza dell'an-

(*) « On doit pareillement comprendre dans l'inventaire les *manuscrits;* mais on se contente dans l'usage de les décrire sans les estimer... » (DALLOZ, *Répert.*, v° *Scell. et Invent.*, n° 217).

(**) Giusta la barbara traduzione del Codice ad uso dell'antico Regno d'Italia.

tecedente precetto, e non trovando come schermirsene, si giunse a stabilire e anche ad applaudire, questa curiosa teoria, che il n° 7 non doveva applicarsi *se non a quei titoli ed atti che non esistevano* o *si trovavano presso terzi, bastando allora la dichiarazione dei debiti e dei crediti* (*), e sfido a fare altrimenti, se i titoli e i documenti mancassero.

Il difetto della redazione francese fu avvisato dai legislatori piemontesi sino dal 1854. Quel numero che spiega in qual modo devono identificarsi le carte, cambiò di posto e *fu messo dopo;* così si venne a levare ogni dubbio che il disposto speciale ai *titoli attivi e passivi* stesse là come a modificare la regola comune alla identificazione delle carte; poi, e molto accortamente, si mutò la parola *descrizione* in *indicazione;* onde venne fuori un senso schietto, senza dover ricorrere al ripiego degli interpreti.

E il senso è questo, che in apposita rubrica dell'inventario *vengono indicati i titoli attivi e passivi* che formano la parte documentale o l'archivio del patrimonio, in quanto risultano da atti pubblici (copia autentica): e questi titoli sono perfettamente distinti dalle *altre carte, scritture e note*, ecc., che sono la materia del successivo n° 9. Così si sono ravvicinati i due numeri per distinguerne il soggetto. La ragione è semplice. L'atto autentico basta indicarlo, numerarlo e firmarlo. Le *altre carte, scritture*, ecc., private, più o meno volanti e varie *devono descriversi*, ragguagliarsene il contenuto, *sottoscriversi in principio ed in fine dall'uffiziale pubblico*, ed anche foglio per foglio se possano facilmente dividersi. L'atto pubblico contiene garanzie superiori e proprie.

Giova dare anche una qualche spiegazione al n° 11, *l'indicazione del modo con cui si sia provveduto alla custodia delle altre scritture.*

Il CHAUVEAU nella sua perizia pratica osserva (in CARRÉ, quest. 3148 bis) che vi sono certi esercizi fatti apposta per adunare una farragine di carte d'ogni maniera, come lo studio di un procuratore o notaio, descrivere le quali parte a parte sarebbe noia interminabile e grande spesa. Egli consiglia a farne una cerna, espellendo tutte le inutili, e consegnarle al fuoco se occorra. Quest'ultima parte del suggerimento di CHAUVEAU non crederei da seguirsi. Chi ha la responsabilità dell'inventario deve guardarsi dal farlo; ma come le cartelle e le buste saranno già sigillate, così al levarsi dei sigilli si faranno osservare ai presenti, che ivi sono raccolte masse di carte che si ritengono inconcludenti, ma però sarà d'accordo nominata una persona, o anche lo stesso notaio, a farne la cerna; e di ciò si farà annotamento nel processo verbale della sessione (**). O si potranno anche farne tanti involti, contraddistinti o dall'oggetto o dalle epoche, come meglio si possa, e conservarle, perchè talvolta anche le carte che paiono inutili diventano buone.

Tre ordini di carte o scritture sembrano segnalarsi: al n° 9 i titoli autentici; al n° 10 tutte le altre *carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo* (***); al n° 11 le scritture meritevoli di *custodia*. E sono le scritture originali, cambiali, effetti pubblici, obbligazioni al portatore, libretti di casse di risparmio, ecc., che si riuniscono in cartoni appositi, si ripongono nei forzieri: la legge vuole che l'inventario ne faccia espressa memoria, ben inteso che tutte queste carte devono sottoporsi alla formalità dell'articolo 10.

Documenti di cui è contestata la proprietà.

Gioverebbe dedicare una pagina speciale nell'inventario alla descrizione di tali documenti; sarebbe un processo verbale apposito, in cui si registrano, come dice l'articolo, le *osservazioni e istanze delle parti.* Se la proprietà del terzo è evidente, io credo che il pretore potrà senz'altro consegnare le carte a chi spettano. Ciò s'intende sempre che non vi sia opposizione (Codice di procedura francese, articolo 939, ed ivi CHAUVEAU, BOITARD, ecc.). La nostra legge non guarda che al caso *in cui sorga contesa fra le parti*, e così inchiude l'opposto, cioè il potersi consegnare le carte. La *contesa* (o meglio *dissenso*) è quanto basta per impedire la consegna, riservate le ragioni e azioni delle parti.

2. *Esposizione di alcune dottrine relative alla formalità dell'inventario.*

a) Dell'inventario come atto autentico.

(*) Ecco le parole di CARRÉ: « On doit donc entendre « ces expressions en ce sens, *qu'elles indiquent seule-* « *ment la déclaration des créances et dettes* DONT OU « N'A PAS DES TITRES OU ACTES, ou dont les titres ou « actes sont en des mains étrangères » (quest. 3149). Al che fa seguito il CHAUVEAU: « ... *L'interprétation* « *de M. Carré est généralement admise.....* ».

(**) L'inventario è per lo più una lunga istoria che si viene tessendo di giorno in giorno. Il processo verbale, di cui l'articolo 872 presenta tutte le condizioni, si forma successivamente; il suo tenore è storico, e tien conto degli avvenimenti secondo che nascono. In effetto, ogni sessione è segnalata dal suo proprio verbale, la cui apertura comincia dall'indicare le persone presenti, ed è sottoscritto ad *ogni interruzione*, secondo la espressione dell'ultimo capoverso dell'art. 872. Questi verbali riuniti formano quello analizzato dall'articolo 872.

(***) Come a dire, che note insignificanti, senza oggetto, ecc., non si descrivono partitamente.

L'inventario, *in quanto è prescritto dalla legge*, deve sempre farsi per *atto pubblico* (articolo 872 in principio) (*). Solo per la potenza della forma che allontana ogni sospetto di artificio e di frode, l'inventario è una verità: ossia ha per sè la *fede pubblica* (verità giuridica). Così s'impone anche ai terzi, così respinge ogni prova contraria che non sia dello stesso genere: cioè un'altra prova per atto pubblico. Ma non può facilmente concepirsi duplicità d'inventarii, l'uno in opposizione all'altro.

L'inventario, malgrado il suo aspetto storico e descrittivo, contiene il più deciso *carattere convenzionale*. Per chi è tenuto a formar l'inventario è un addebito, un carico di cui si deve render conto: per tutti gli altri che stanno in linea opposta, legatarii, creditori, amministrati, è un diritto: *ma un diritto non scevro di obbligazione;* e due sono le maniere di obbligazione che si annettono a tale diritto: la obbligazione di rispettare in chi ha fatto legittimo inventario la posizione di erede beneficiato, la posizione di usufruttuario, ecc.; l'obbligazione di accettare come limite della propria azione e del proprio diritto l'entità e la misura dell'inventario.

Chi ha formato legittimo inventario è già in possesso di un'*azione pregiudiziale* quoad omnes; eccettuati coloro che ad intervenire avevano un diritto guarentito dalla legge, e non furono chiamati (**). La legge è tranquilla quando ha preparato l'inventario colle rigorose cautele della sigillazione; quando ha prescritto l'intervento di quelli che hanno l'interesse massimo, e non abbiano la disgrazia di esser troppo lontani dal luogo dell'operazione; quando ha ordinato che l'inventario deve redigersi per atto pubblico.

La *parte autentica dell'inventario*, quella che non può impugnarsi senza iscrizione in falso, è la materiale esistenza di tutte le cose che vi sono descritte, di tutte le cose che sono cadute sotto i sensi del pubblico uffiziale, e da lui espressamente o implicitamente attestate. La forza intrinseca e l'attributo giuridico dei documenti; il valore delle osservazioni, delle proteste fatte dalle parti interessate; le loro stesse qualificazioni eziandio non contraddette, non desumono dall'inventario il menomo grado di dimostrazione. È ben chiaro d'altra parte che *autenticità* e lealtà, sincerità, verità morale dell'atto, sono cose diverse.

È strano a pensare che il pubblico uffiziale, circondato da tante guarentie, possa tramare una frode di concerto colla parte interessata a menomare la portata dell'inventario. Ma pur troppo ogni fatto disonesto è possibile. L'erede che vuol accettare l'eredità col benefizio dell'inventario fa un garbuglio col notaio per nasconder cedole, titoli al portatore, danari, oggetti preziosi e che so io. È noto che senza iscrizione in falso si può attaccare di dolo e frode un atto di sua natura autentico; è ammessa la prova testimoniale, che d'ordinario è la sola che può aversi. Oltre le pene che spettano al prevaricatore, un tale inventario sarebbe nullo, e l'erede tenuto a tutti i debiti ereditarii.

Ma il caso meno infrequente è che l'inventario sia mutilo, imperfetto *per occultazione o dimenticanza di effetti che vi si dovevano portare*, ed è ciò che ci convien vedere.

b) Dell'inventario incompleto per occultazione, dimenticanza, o per altra causa indipendente dal pubblico uffiziale che ne ha la direzione.

Per definire le conseguenze giuridiche possibili a derivare da un tale stato di cose, è d'uopo tornare un momento col pensiero ai diversi fini che la legge si propone coll'ordinamento dell'inventario.

L'inventario *è la condizione dell'acquisto di un diritto;* tal è nel caso di accettazione dell'*eredità col beneficio*, di cui dovremo trattare nel prossimo titolo. La mancanza dell'adempimento della condizione può produrre la decadenza.

L'inventario può essere *un obbligo inerente al godimento di un diritto*, como quello dell'usufruttuario. Non si decade dal diritto, ma si può esser tenuti a riempiere l'obbligo, anche a costo della sospensione del godimento del diritto medesimo.

L'inventario finalmente *è un obbligo annesso alla facoltà amministrativa* che assume un tutore, un curatore, di un interdetto, o di un assente.

Tali sono gli aspetti principali che l'inventario assume in faccia al diritto, e secondo essi può variare la risposta al premesso quesito.

Noi possiamo supporre l'errore; e possiamo anche supporre la frode in colui sul quale quell'obbligo pesa.

Facciamo l'ipotesi più mite: l'*errore*.

È ritenuto generalmente che un inventario, nel resto regolarmente eseguito, non si annulla, ma vi si provvede con un supplemento

(*) Vedi però le limitazioni che veniamo a porre più avanti, lettera *c*).

(**) Della efficienza di questo diritto si è ragionato alquanto a lungo all'articolo 869.

all'inventario medesimo (CARRÉ, quest. 3152; CHAUVEAU, ivi: THOMINE, tom. II, pag. 567; DALLOZ, ecc.). Ciò in quanto all'errore: molto più se si ignorasse senza colpa l'esistenza di altri effetti posti in altri luoghi, fors'anche lontani.

La frode « colei che tutto il mondo appuzza » se proviene dall'obbligato, non produce la diretta conseguenza dell'annullamento dell'inventario, se non cade sulla parte stessa dell'inventario che è stata eseguita, ma può ripercuotere l'autore della frode in varie guise. Secondo il grado di malvagità e la gravità del fatto, l'erede può incorrere nella decadenza del benefizio (art. 967 del Codice civile). Se la frode è dell'usufruttuario che abbia conseguito il possesso per sorpresa, sulla base di un inventario grandemente incompleto e difettoso per colpevoli occultazioni e studiate reticenze, in quale condizione verrà a trovarsi costui nelle sue relazioni giuridiche col proprietario? Facciamoci un poco di riflessione, certi di non gettar le parole.

L'usufruttuario ha principalmente l'obbligo di prestare cauzione (*). Dico *principalmente*, perchè, ben guardando, la compilazione dell'inventario *non è che il fondamento e il dato a quo del valore al quale dovrà estendersi la cauzione*. Difatti se noi supponiamo che l'entità e valore della sostanza fosse ben stabilita altronde, o perchè lo stesso testatore ne avesse fatta la descrizione, o perchè vi fossero inventarii recenti, o perchè atti di divisione in tempo prossimo ne fornissero una cognizione sufficiente, si potrebbe prescindere, anche per ordine del giudice, dal rinnovare la spesa dell'inventario. Giusta il diritto romano, la cauzione doveva prestarsi dall'usufruttuario come condizione assoluta del suo godimento (Leg. 13 in princ. Leg. 65 Dig., Leg. 4 Cod. de usufr., Leg. 1 § 3 et seq., Leg. 2, 6, 9 § pen. ususfr. quemadmodum caveatur). Lo stesso testatore non poteva dispensare dalla cauzione l'usufruttuario (Leg. pen. Cod. ut in possess. legat., Leg. 6 Dig. eod., Leg. 1 Cod. de usufr.). Ora queste idee hanno subito la modificazione che è il prodotto della nuova civiltà giuridica (**); ed anche la cauzione può essere rimessa dal testatore, come nell'usufrutto legale dei genitori è rimessa dalla legge (articolo 497 del Codice civile).

Ma riteniamo la ipotesi che l'usufruttuario sia obbligato a prestare la cauzione, come generalmente lo è. Supposto che *non possa dare una cauzione sufficiente* (parole dell'art. 498), forsechè svanisce il diritto dell'usufrutto? No: si trasmuta la forma del godimento che non ha più per base il possesso, perchè si trova che il possesso può essere impunemente abusato. Facciamo un'ipotesi più avanzata L'usufruttuario potendo prestare la cauzione, non la presta; si rifiuta al proprio dovere. Decade per questo dal diritto dell'usufrutto? No ancora. L'articolo 500 del Codice civile dice che « il ritardo nel dare cauzione *non priva l'usu-* « *fruttuario del diritto sui frutti* » (***). Il modo della evoinzione dei diritti quando non si adempiono le obbligazioni che vi sono inerenti, anche questo tiene nel giure moderno a un ordine razionale che potrebbe spiegarsi con larghe vedute da chi volesse dedicarvi appositi studii. Vi sono dei diritti *quærendi* che, non adempita la condizione, non si acquistano; tali sono quelli di possedere un'eredità col benefizio di non pagarne i debiti col peculio proprio: ne abbiamo già parlato, e qualche altra cosa converrà dirne al seguente Capo III. L'usufrutto è un diritto *quesito* dal contratto o dal testamento. La cauzione è una modalità, piuttostochè una condizione. A più forte ragione deve dirsi dell'inventario.

L'obbligo dell'inventario dev'esser posto sulla stessa linea che quello della cauzione, con quel grado di diminuzione che tiene alla funzione

(*) Articolo 498 del Codice civile.

(**) Chi volesse tracciare la storia ideale del progresso che la *ragione* dei moderni ha fatto sul *razionalismo antico*, che penetrò da più parti nella giurisprudenza dai concetti delle varie sètte filosofiche che in epoche più o meno distanti la dominarono, farebbe opera intentata e bellissima, e di grande profitto per la scienza. Ma lasciamo andar questo voto fra i tanti che non verranno esauditi. Per dire una parola sul presente soggetto, gli antichi osservavano l'esonero della cauzione sotto il punto di vista dell'interesse generale e della moralità. *Et est ratio* (dice ACCURSIO nella glossa), *quia hæc ultima* (satisdando) *remissa non præstat occasionem delinquendi* (ad Leg. 1 Cod. de usufr.). Il diritto moderno considera invece la cosa sotto altro aspetto; dal lato puro o semplice della proprietà. E si afferma anche una volta il principio, che *la proprietà è la disponibilità assoluta*. Il lascito della proprietà o dell'usufrutto non è che una forma di codesta disponibilità. Il legato della proprietà gravata *di usufrutto senza cauzione* è un *quid minus* di quello che sarebbe se l'usufrutto fosse guarentito dalla cauzione, come il legato di un credito personale *è meno* di un legato di credito d'ugual somma bene assicurato da ipoteca: ecco tutto. L'usufruttuario è tuttavolta obbligato di conservare la sostanza, il che costituisce la essenza dell'usufrutto (articolo 477 del Codice civile). Il testatore *lasciando meno* non fa che usare del suo diritto di proprietà. La *moralità* noi la poniamo sotto la custodia di ben più elevati principii che quelli di una garanzia reale, che non consideriamo che ne' suoi effetti economici.

(***) Il *ritardo* non può spiegarsi che nel senso di *mora*. Questo testo ha riformato un diverso principio del diritto comune. La mora, nel prestare la cauzione, privava effettivamente l'usufruttuario della percezione dei frutti, comunque si trovasse in possesso (FABER, *Cod. de usufr.*, lib. III, tit. 23, def. 9).

preparatoria ch'esso adempie. L'inventario potrebb'essere non del tutto necessario quando è necessaria la cauzione, secondo i riflessi che abbiamo fatti superiormente. Il proprietario può sempre costringere l'usufruttuario a farlo; o può farlo eseguire egli stesso, se l'usufruttuario non vi è tenuto (articolo 496 del Codice civile, capoverso 2°). Se l'usufruttuario che vi è tenuto si ricusa, ma però ha prestata la più ampia cauzione *de bene utendo et restituendo*, l'inventario si farà dal giudice a tutte sue spese, ma l'usufruttuario non sarà privato del godimento dei frutti. Se il ritardo di formare l'inventario serve all'usufruttuario di pretesto per differire la cauzione, il giudice lo priverà del *possesso*, e limiterà il modo del suo godimento con misure conformi a quella che ingiunge l'articolo 498.

Fermati questi corollarii che era indispensabile di venir ricercando, e rientrando nel tema, *quale cioè sia la posizione giuridica dell'usufruttuario che ha formato dolosamente un inventario incompleto*, dico che non è diversa da quella che si è stabilita. Egli sarà obbligato a rifarlo intero, sotto pena di sentirsi applicare quelle restrizioni che sono specificate nel citato articolo 498 del Codice civile, che non escludono altri mezzi prudenziali secondo la qualità dei redditi e le particolari circostanze dei casi.

Da ultimo perchè non manchi una parola alla terza ipotesi che abbiamo fatta per ciò che riguarda *il dolo del tutore nel fare l'inventario*, egli sarà colpito dalla punizione sancita nell'articolo 288 del Codice civile (*).

c) *Dell'inventario in forma privata e suoi effetti.*

La forma dell'inventario divisata dal Codice di procedura è una sola: l'*atto pubblico*. Non vi ha dunque inventario possibile, avente cioè quella efficacia che è propria della sua natura, *se redatto in forma privata*?

Distinguiamo. La forma pubblica è indispensabile quando si tratta di minori, interdetti, assenti, di persone cioè tutelate dalla legge perchè incapaci di consenso; perchè lo stesso inventario non ha altra ragione di essere che la loro incapacità (**). La forma pubblica è pure indispensabile quando l'inventario *deve far fede della verità in faccia ai terzi*, e costituisce un'azione *pregiudiziale-universale*. L'erede beneficiato non può valersi che di questa forma. Ma se l'inventario non è che *la garanzia di un diritto a favore di chi ha capacità di rinunziare ad un benefizio indotto a proprio favore*, non è dubbio che può anch'essere redatto privatamente, *amiablement*, come dicono i Francesi. Il PROUDHON lo avverte nella specialità dell'usufrutto (*De l'usufruit*, n° 788), se il proprietario è maggiore, se egli se ne contenta. Tanto più che questo proprietario è pienamente nel suo diritto, assolvendo l'usufruttuario dall'obbligo di fare l'inventario e di prestar cauzione (**).

d) *Le dichiarazioni di debito emesse nell'inventario da tutt'altri che dagli stessi debitori, come le asserzioni di crediti, non fanno prova nè di fatto, nè di diritto* (POTHIER, *Des obligations*, n° 775; TOULLIER, t. IX, n° 66). Intorno alla efficacia provante dell'inventario rimpetto ai terzi si è dato qualche cenno alla lettera *a*) di questa lunga nota. Ma quel cenno, lo spero, avrà bastato per far comprendere che il soggetto, che nella pratica riceve i suoi maggiori sviluppi, una volta che si osservi nell'aspetto teorico, presenta due lati distinti eppure inseparabili; il *generale* cioè e lo *speciale*. Il generale non è altro che il principio che determina la virtù provante dell'*atto pubblico* per se stesso. Ma l'inventario che riunisce il doppio carattere del convenzionale e dello storico e descrittivo, ha dello stesso atto pubblico contrattuale una efficacia *maggiore da una parte*, e *minore dell'altra;* il che è della più evidente *specialità*. *Maggiore* perchè i terzi non intervenuti nell'atto, non rappresentati da un loro mandatario, sono tenuti a rispettarlo, e non possono eccepire la *res inter alios acta*, come si ha diritto in presenza di un contratto benchè celebrato per atto pubblico. *Minore* perchè la forza della prova si riduce infine all'atto stesso dell'inventario e alla sua legittima esistenza, e non alle asserzioni e dichiarazioni giuridiche che contiene.

e) *Della interpellazione e dichiarazione sul proprio onore* (n° 13) *surrogata all'antico giuramento.*

L'articolo 943 del Codice civile francese, n° 8, *ordina la menzione del giuramento all'atto del compimento dell'inventario*, da prestarsi da quelli che prima dell'inventario ebbero in potere gli effetti, o che abitarono la casa, di non aver asportato nè veduto aspor-

(*) Articolo 288: « Il tutore che omette di fare l'inventario nel termine e nel modo stabilito, nonostante qualunque dispensa, o lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni, e potrà esser rimosso dalla tutela ».

(**) Altrimenti non sarebbe necessario.

(***) Il che era accordato eziandio nel diritto romano, quantunque la stessa facoltà non avesse il testatore (RICHERIUS, *Jurispr. univ.*, vol. III, § 1669).

tare, nè di sapere che fosse asportata alcuna cosa.

Era giusto fissare questa formalità *al fine* della operazione perchè la sottrazione poteva essersi effettuata durante il suo corso. Nella pratica precedente il giuramento si dava in principio. Fu ritenuto che l'inventario non sarebbe meno valido ove si fosse seguita questa stessa pratica (ROLLAND DE VILLARQUES, t. IV, pag. 413). Alla condizione però che si fosse ripetuta in fine, il che stimavasi essenziale (PIGEAU, tom. II, pag. 668; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, n° 266, Cassazione francese, 25 febbraio 1836).

La formalità del giuramento era generalmente in uso negli Stati d'Italia (*). Nel Codice piemontese del 1854 fu pure ricevuta (articolo 1023, n° 13). In quello del 1859 fu riformata, ed ebbe per surrogato la *dichiarazione sul proprio onore* (articolo 1064, n° 13). L'appello all'onore è inteso da tutti gli uomini alla stessa maniera; il giuramento no. Omai la religione, profondamente sentita, tende a diventare il privilegio di poche anime elette: non è più un'abitudine ma una virtù: e quindi rara. Se la omissione di questa formalità importi annullamento è ciò che vengo a dire nell'ultima osservazione e in un punto di vista generale.

f) Delle cause di nullità dell' inventario.

Ogni atto a cui la legge prescrive delle forme, deve riuscire a quello che il legislatore volle onde soddisfare all'oggetto che si propose. Esistere in un modo o nell'altro, non è cosa indifferente, *forma dat esse rei.*

Nulla di più accurato e pieno che la descrizione di questo atto importante nell'art. 872. Ma infine il pratico domanda a se stesso: tutte quante le formalità quivi divisate sono forse necessarie perchè esista l'inventario ed abbia un effetto qualunque?

Diremo poche cose anche perchè si è toccato del soggetto nel corso di queste medesime ANNOTAZIONI.

Se l'inventario manca dei requisiti dell'*atto pubblico*, degenera in un accordo privato, le cui limitate conseguenze si additarono or ora alla lettera c).

Del resto nulla si apprende nè dall'art. 872, nè da altri, sulla importanza rispettiva di tutte queste formalità: non un motto che accenni a nullità. Portiamoci anche una volta sul secondo teorema, registrato nell'articolo 50.

La essenzialità di alcuna di esse formalità appare senza contrasto.

L'inventario consta di due parti: 1° *di menzioni ossiano affermazioni di atti preparatorii o contemporanei, ma che sono fuori dello stesso inventario* (**); 2° *di quella parte che può dirsi costitutiva dell'inventario medesimo.*

Alle *menzioni* spettano i numeri 3, 4, 5, 12, 13. Le altre parti sono il lavoro stesso e l'ufficio dell'inventario che si svolge mano mano come un avvenimento. È un complesso di descrizioni. Alcuni atti precedenti o concomitanti l'inventario sono di necessità assoluta. Sono quelli dei numeri 4, 5. Senza l'accertamento di quei fatti risultante dallo stesso rogito dell'inventario, questo non avrebbe esistenza legittima. Se l'inventario non descrive, non enumera, non rende quella sufficiente nozione che è necessaria, con un cert'ordine, con quella chiarezza che è nelle viste del legislatore, sarebbe come non fatto: infine sarebbe un inventario nullo. Ma la teoria non può offrire regole specifiche; bisogna decidersi in presenza del fatto. Facciamo bene avvertenza, che non si tratta di *un atto giudiziale per la cui nullità la parte contraria acquisti nell'ordine della procedura una posizione vantaggiosa* che non le può più essere tolta. Potrà correggersi, rinnovarsi nelle parti difettose, purchè non sia opera della frode, sugli effetti della quale abbiamo superiormente discorso (***).

Articolo 846.

I mobili, le carte, e gli oggetti inventariati sono consegnati alla persona nominata dalle parti interessate, o, in difetto dal pretore sull'istanza di una delle parti, presenti o citate le altre.

(*) Regolamento pontificio, § 1549, n° 9; napoletano, articolo 1029, n° 8).

(**) Alcuni però sono o possono essere allegati all'inventario.

(***) « Si l'inventaire était irrégulier, par exemple, si « le notaire avait oublié de le signer, s'il était incompétent, ces imperfections pourraient, suivant les circonstances, ne pas tirer à conséquence, à moins « qu'elles ne fussent du fait de l'héritier, et qu'il n'avait « par sa part fraude ou soustraction » (CARRÉ, qu. 3152). Io mi avanzo di più, statuendo che un inventario, incompleto non solo nella parte formale, ma altresì materiale, può essere riformato, compito.

Annotazioni.

Al tutore o all'erede che reclama il benefizio dell'inventario: in certi casi anche a persone terze, quali custodi.

Presenti o *citate le altre parti.* Pare che la citazione debba rinnovarsi, e non basti quella che già deve precedere l'inventario, ed essere menzionata a termini del n° 4 dell'articolo 872.

È realmente cosa importante scegliere un depositario, un custode a *mobili*, *carte* ed *oggetti* di un valore indefinito. In verità il testo poteva parlar più chiaro; ma veniamo a questa spiegazione anche osservando che il Codice di procedura francese ha una disposizione che la legge sarda ha modificata sino dal 1854 (articolo 1024 di quel Codice). Il Codice francese autorizza il *presidente del tribunale* a nominare il depositario o custode, fors'anche fra gli stessi successori nell'eredità, *quando non sia stato nominato dalle parti.* Anche il pretore ha la stessa facoltà, ma egli non può esercitarla che in seguito di citazione, salvochè le parti che dovrebbero citarsi non siano presenti.

Le parti da citarsi non sarebbero che quelle divisate dall'articolo 868.

Finito l'inventario resta adunque di provvedere alla grave faccenda del consegnare l'ente inventariato; e notate che possono essersi intravedute nel frattanto questioni sul diritto di succedere, questioni di proprietà degli oggetti, ecc., e i diritti delle parti non devono essere pregiudicati.

Si ricorderà che il pretore non è presente, o almeno non ha questo mandato dalla legge, di esser presente all'inventario. Chi ha interesse farà quindi apposita istanza al pretore medesimo, sottoponendogli l'originale o copia dell'inventario, e farà destinare un giorno per l'udienza, pel quale citerà quelli che devono citarsi. Chi non sarà presente, non avrà a dolersi, e non potrà redimersi dalla contumacia.

Il redattore però dell'articolo non ha preveduto che dalla chiusura dell'inventario alla consegna, un certo intervallo deve trascorrere. Io ritengo che l'uffiziale che governò l'operazione, abbia dalla necessità delle cose la facoltà di ordinare nel frattanto quelle misure di precauzione che saranno della sua prudenza.

Articolo 874.

Le disposizioni contenute in questo caso si applicano a ogni inventario ordinato dalla legge, salvo le formalità speciali stabilite dal codice civile per l'inventario dei beni dei minori.

Annotazioni.

Queste speciali disposizioni sono ordinate negli articoli 281, 282, 283, 284, 285, del Codice civile.

CAPO III.

DEL BENEFIZIO DELL'INVENTARIO

Articolo 875.

L'erede con benefizio d'inventario che vuole ottenere l'autorizzazione di vendere i beni mobili dell'eredità, deve chiederla con ricorso al pretore del mandamento in cui si è aperta la successione, salvo quanto è stabilito nell'art. 878.

Per la vendita si osservano le disposizioni del capo VI, titolo II del libro secondo, in quanto siano applicabili.

Il prezzo della vendita in caso di opposizione si distribuisce a norma di legge.

Digitized by Google

Annotazioni.

1. « L'effetto del benefizio dell'inventario « consiste nel dare all'erede questi vantaggi « — che non sia tenuto al pagamento dei de- « biti ereditarii e dei legati oltre il valore dei « beni a lui pervenuti, e possa liberarsi col ce- « dere tutti i beni dell'eredità ai creditori e ai « legatarii — che non siano confusi i suoi beni « proprii con quelli delle eredità, e che gli sia « conservato contro la medesima il diritto di « ottenere il pagamento dei suoi crediti » (articolo 968 del Codice civile).

Il § 3, Sez. II, Capo III, Titolo II, Libro III del Codice civile espone le obbligazioni e le facoltà dell'erede beneficiato, riservata, come si doveva, al Codice di procedura la parte ordinamentale che riguarda la vendita dei beni, che è la materia di questo Capo dall'art. 875 all'879.

Noi verremo intanto ravvicinando questi due rami della legislazione per quell'armonico concerto che è necessario.

2. *Delle persone che non possono accettare l'eredità se non col benefizio dell'inventario.*

Non abbiamo che a riferirci ad alcuni articoli del Codice civile.

a) Figli soggetti alla patria potestà (articolo 226.

b) Minori-interdetti-inabilitati (art. 930). Quantunque in tutto il Titolo IX del Libro II non si trovi espressamente vietato ai rappresentanti dei minori e interdetti di accettare eredità senza il benefizio dell'inventario, ciò è stabilito e fermo per quattro argomenti evidentissimi: 1° che entrando questo nuovo patrimonio sotto il governo del tutore, e non potendo il tutore intraprendere la tutela se non dopo eseguito l'inventario nelle forme più solenni (articoli 281, 282 e seg. del Codice civile), il tutore ha l'obbligo preciso di fare l'inventario anche del patrimonio che si accresce al primo, e quindi viene a liquidare lo stato dell'eredità per accettarla definitivamente, o ripudiarla; 2° perchè il padre non può accettarla che allo stesso modo per i figli soggetti alla sua podestà (citato articolo 226); 3° perchè ciò deve farsi anche per i maggiori inabilitati (articolo 931); 4° perchè l'articolo 930 basta per se solo a togliere ogni dubbio.

c) Corpi morali (art. 932 del Codice civ.).

3. *Quando il beneficiato assuma qualità irrevocabile di erede.*

La ricerca non è totalmente estranea al commento della procedura, nel quale si deve venir seguitando l'erede beneficiato nelle varie operazioni disciplinate da questo Titolo. Qui però abbiamo insegnamento di chiarissime leggi, onde il nostro còmpito sarà facile e breve.

Si premette una dichiarazione d'animo; il successibile espone *nella cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione*, ch'egli « non intende di assumere « la qualità di erede se non col benefizio del- « l'inventario. Tale dichiarazione entro un « mese successivo sarà per cura del cancel- « liere trascritta all'uffizio delle ipoteche del « luogo in cui si è aperta la successione, ed « inserita per estratto nel giornale degli an- « nali giudiziarii » (articolo 933 del Codice civile).

Egli non è ancora l'erede: ma è un uomo che prende il suo posto; più tardi assumerà irrevocabilmente questa qualità; ma intanto la successione è piena, e niun altro può reclamare pari diritto, nè pretendere al possesso dei beni ereditarii.

L'eredità si presenta meno come un acquisto desiderabile che come un pericolo. Di fronte a una tale eredità giova non indossare troppo presto un abito che può bruciarvi la pelle; è una prerogativa che precocemente acquistata, si parifica ad una pena; e *voi siete condannato* ad essere un erede puro e semplice, se la vostra dichiarazione non è preceduta o susseguita dall'inventario (articolo 957 del Codice civile.

Alla *emissione* della dichiarazione la legge non prefigge termine. Il successibile è incalzato dalla sua posizione medesima; la legge lo sa e le basta. A lui solo interessa di uscire da tale posizione che gli lega le mani; egli non può muoversi senza correre il rischio di sentirsi opporre l'accettazione tacita dell'eredità (articolo 934, capoverso 2° del Codice civile), e così perdere il benefizio.

Ma dopo la dichiarazione egli si carica di non pochi e rigorosi doveri. La legge fa la doppia ipotesi *ch'egli sia o non sia nel possesso reale dell'eredità.* Solo in questo secondo caso gli può essere imposto giustamente ed efficacemente un termine a cominciare e finire l'inventario. È il caso determinato dall'articolo 959. Alla prima ipotesi provvede con equità e chiarezza l'articolo 962.

Dopo la dichiarazione e dopo l'inventario che formano il compimento delle obbligazioni preliminari, il successibile che ha conservato sino a questo punto la sua libertà, *delibera*, e in questa serie di atti abbiamo seguite le tradizioni del diritto romano, modello perpetuo

di civile sapienza (Cod. de jure deliberandi).

Qui si presenta una grave osservazione che non sarà certamente sfuggita ai commentatori del Cod. civ. italiano. E difatti non è sfuggita ai chiarissimi sigg. CATTANEO e BORDA (*Commentario del Codice civile*, art. 961). L'art. 1016 del Codice albertino statuiva che se nei tre mesi dal compito inventario *l'erede non avesse deliberato sull'accettazione* o *ripudiazione della eredità*, sarebbe considerato *erede col benefizio dell'inventario*. Conclusione ripugnante al dettame giustinianeo e alla ragione. Al prisco diritto di deliberare, Giustiniano surrogò quello dell'inventario che chiamò ed era un reale *benefizio*, avvegnachè permettesse di formarsi una esatta idea delle cose prima di decidersi, e determinasse con precisione i rapporti giuridici che venivano a crearsi fra l'erede e i creditori della eredità. Ma chi appresso l'inventario, e dentro l'anno, non avesse deliberato o accettando la eredità o ripudiandola, *si riteneva erede puro e semplice*, soggetto a tutti i debiti ereditarii senza distinzione; si riteneva cioè aver rinunciato al benefizio ed avere prescelto l'antico metodo, quasi in dispregio della nuova legge di cui il legislatore, e giustamente, molto si compiaceva. Chiamo antico quel metodo perchè così volle chiamarlo lo stesso imperatore (*); sebbene da lui riveduto, e con più liberali intenti fosse stato riformato nella sua costituzione *cum in antiquioribus* (Leg. 19 Cod. de jure delib.), emanata nell'anno 529 (**).

Il Codice albertino, dipaiandosi dalla tradizione romana (il che non era avvenuto nemmeno al Codice Napoleone il cui silenzio fu sempre interpretato in quel senso, art. 795), si trovò anche in disaccordo colla ragione. A rivestire la qualità di erede puro e semplice, il successibile non ha bisogno di *deliberare:* il fatto basta: ma non si è erede beneficiario senza aver adempito alle prescrizioni di legge e senza volerlo essere. Inoltre i creditori non devono vivere in condizione d'incertezza. Se l'erede che ha fatto l'inventario si mantiene in possesso dei beni, e non dichiara di volere usare del favore che la legge gli offre, si reputa essersi già assicurato che non vi ha pericolo nell'accettazione pura e semplice, ed è il risultato della ragione applicato a questa combinazione giuridica.

4. *Come l'erede beneficiario possa vendere i mobili della eredità.*

L'erede beneficiario non è che un amministratore (articolo 970 del Codice civile); tenuto a render conto (971). Egli può essere costretto alla *satisdatio:* portato delle legislazioni moderne a cominciare dal Codice Napoleone (articolo 807). Partendo intanto dal supposto che l'erede beneficiario abbia date le cauzioni che i creditori sono in diritto di chiedere (art. 975 del Codice civile), nasce una questione grave, ed è la seguente:

L'erede beneficiario che ha dato cauzione può vendere senza autorizzazione e senza formalità i mobili ereditarii?

Premettiamo in via di principio elementare in questa materia, che nei *rapporti coi terzi* l'erede è padrone e disponitore dei beni, e le sue contrattazioni sono valide e operative. Egli è solamente nelle attinenze coi creditori della successione che l'erede si pregiudica, talmente che la vendita arbitraria lo fa decadere dal benefizio, e lo riduce alla condizione di erede puro e semplice.

A favore dell'erede sorge spontaneo e potente argomento, che essendo cauto l'interesse dei creditori, egli dev'essere in piena libertà di usare ed anco abusare i beni mobili della eredità, sotto qualsivoglia forma considerati; sia perchè egli sarebbe messo proprio in catene, in una condizione insopportabile (***), sia perchè la libertà d'azione sembra conseguitare di ragione dalla malleveria non senza grandi sacrificii da lui prestata.

Nonostante la forza di questi riflessi non si può prendere una decisione così assoluta.

La legge avrebbe potuto facilmente esprimere che, prestando la cauzione, l'erede poteva vendere liberamente gli effetti ereditarii, invece si restrinse ad accordargli questo diritto e questa libertà *dopo cinque anni* (articolo 974 del Codice civile). Ma vi è da osservare direttamente, che la cauzione stessa non ricopre e non surroga sufficientemente gli altri diritti dei creditori, per ciò che non libera l'erede dal vincolo di altre forme salutari statuite alla vendita dei beni ereditarii.

Trattasi di un'amministrazione di cui si deve render conto. L'erede beneficiario, nella sua qualità di amministratore, ha interesse di provare: *a*) ch'egli ha venduto per necessità, o almeno consigliato da una opportunità riconoscibile; *b*) ch'egli ha ricavato un prezzo ragionevole e giusto, il prezzo cioè ch'era possibile, ed esser quindi fuori di ogni responsabilità dal

(*) « ... in solidum *secundum antiqua jura*, omnibus « creditoribus teneantur » (Leg. ultima, Cod. de jure delib. § 14).

(**) Mentre l'altra costituzione, che è la lunghissima Legge ultima Cod. de jure deliber., è dell'anno 531).

(***) Sotto il peso gravissimo della cauzione, sotto la continua minaccia della decadenza, ecc.

canto suo. È chiaro che l'atto della cauzione nulla infinisce sopra una questione di fatto in cui si deve anzi tutto stabilire la responsabilità dell'erede, la entità del rimborso al quale è tenuto verso la eredità. Ma anche qui bisogna intendersi bene. I creditori, non altrimenti che i terzi, non potranno già impugnare le vendite come nulle, *solo avranno diritto di calcolare il valore delle cose vendute in un modo per essi più vantaggioso di quello che è stato riscosso e realizzato dall'erede.* L'erede dirà che quei mobili erano già resi pressochè inservibili; bisognava venderli; nell'inventario figuravano del valore di 60; ma si fu costretti a cederli per 30. Ma queste sono asserzioni; se non avrà praticate le forme prescritte, l'erede non potrà giustificare il suo operato; gli sarà negata la necessità od opportunità allegata; gli si dirà in faccia ch'egli avrebbe fatto molto miglior affare vendendo nella forma voluta dalla legge, cioè al pubblico incanto.

Ecco in qual senso la cauzione non surroga o rappresenta ogni diritto dei creditori benchè ne guarentisca l'interesse. Però, senza uscire dal tema, posso avvertire che valendosi i creditori della cauzione onde rimborsarsi del prezzo delle alienazioni più o meno regolari fatte dall'erede, *non sarà più per verificarsi la decadenza* minacciata dagli articoli 973, 974 (Codice civile), *almeno per quelle alienazioni che si sono venute così rimborsando.* Ciò s'intende qualora l'azione della decadenza non sia stata esperita; perchè in tal caso il rimborso equivale alla sanzione dell'operato dell'erede, la cui responsabilità è cancellata dal soddisfacimento. Ma chi addentro guarda si persuade, che questo non è l'effetto della cauzione prestata, ma del fatto dell'accettato rimborso senza opporre la decadenza; stando in fine che la *cauzione è una facoltà dei creditori; una cautela aggiunta;* ma, come tutte le cautele, conferisce alla sicurezza dell'esito senz'alterare le condizioni intrinseche del diritto.

5. *Dell'autorizzazione e delle formalità prescritte alla vendita dei beni mobili.*

L'articolo 875 della procedura, derivato dell'articolo 974 del Codice civile, illumina la sua stessa sorgente e ne spiega il concetto. Dice l'articolo 974: « L'erede decade dal be- « nefizio dell'inventario se vende i mobili del- « l'eredità *senza l'autorizzazione giudiziale*, o « *senza osservare le forme stabilite dal Codice* « *di procedura civile* ». Dubbio: è questa una alternativa; oppure la particella o fa ufficio di congiuntiva come spesso accade nell'ordine del discorso? (*) In altre parole, *basta l'autorizzazione* per vendere in un modo qualunque, o all'autorizzazione deve andar congiunta la vendita per pubblici incanti? Ricordiamo che l'art. 1028 del Codice albertino aveva usato la particella *e*, onde il senso usciva perfettamente chiaro; la duplice formalità essere necessaria.

Ma l'articolo 875, che abbiamo sott'occhio, ha riprodotto lo stesso precetto, e ne restiamo convinti alla semplice lettura.

È dunque semplicemente l'*autorizzazione di vendere* che s'invoca dal pretore, non quella di vendere in un modo piuttostochè in un altro. Il magistrato non ha scelta. Il modo ordinato dalla legge è quello del capoverso dell'art. 875, del quale faremo or ora qualche parola.

Il giudice potrebbe anche negare l'autorizzazione? Qual dubbio! Vi sono forse oggetti nella eredità che non si debbono o non si possono vendere per economia, per convenienza, per ragione. Una galleria di quadri non si può o non si deve sempre vendere a capriccio dell'erede beneficiato: non tutti i tempi sono opportuni per farlo. Dite lo stesso di una collezione di manoscritti, di codici e di ogni altra collezione scientifica. Chi permetterebbe la vendita degli istrumenti d'una fabbrica, mentre la fabbrica sussiste e funziona? In quanti altri casi non basta che si venda al miglior prezzo, ma bisogna anche vedere se si deve vendere! Ecco la ragione della duplice condizione che l'erede beneficiario deve provare di avere adempito onde giustificare il fatto suo coi creditori.

Lo stesso giudice non ha facoltà del modo di vendere, come si è detto, se ne togli un solo caso, quello dell'articolo 965 del Codice civile.

Rispetto all'autorizzazione io non ammetto le restrizioni additate da alcuni scrittori (Démiau-Crouzilhac, Thomine, Lepage, *Questions*, pag. 664; Rogron, pag. 1103, ecc.). La facoltà del magistrato non è limitata ad accordare la vendita delle cose di facile deperimento, tenendosi stretto al disposto dell'articolo 796 del Codice civile francese. Io ritengo con Pigeau (tom. II, pag. 610) e Paignon (tom. II, pag. 141, n^i 311 e 312) che la facoltà del giudice non sia limitata *a priori* dalla legge, che pienamente si affida alla sua saviezza e prudenza.

6. *Della facoltà data all'erede beneficiario di vendere i beni mobili dopo cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario* (articolo 974 del Codice civile).

(*) Leg. 194 Dig. de verb. signific.; Leg. 43 § utrum Cod. de reb. dub.; Leg. 53 Dig. de verb. signific.; Leg. penult. Cod. eod.

Questa determinazione non fu scòrta nel Codice Napoleone, ma apparve di poi nelle leggi civili napoletane (articoli 723, 725). Fu in seguito accettata nel Codice civile albertino (articolo 1028). La facoltà era frenata da una clausola, *purchè si faccia senza frode.*

È un pleonasmo che non si è voluto ripetere, poichè tutto ciò che è fatto con frode è nullo; ma pare si volesse con ciò rammentare all'erede beneficinto ch'egli non cessava dall'essere amministratore e tenuto a render conto del suo operato una volta che gli talentasse di deporre il peso della eredità, divenuto soverchio. E per *frode* poteva anche intendersi un danno grave recato alla eredità da una vendita imprudente.

Da quale motivo fu indotto il legislatore a lasciar libere le mani all'erede dopo cinque anni? Una ragione è stata esposta dall'Ancieri, stimato commentatore del Codice civile del già regno delle Due Sicilie (*Istituzioni di diritto civile*, tom. III, pag. 226). « Il « motivo di questa determinazione è che nel « frattempo (cioè nei cinque anni) può acca- « dere un'alienazione fraudolenta a danno dei « creditori e legatarii; ed è quindi prudenza di « sottoporlo all'adempimento della vendita a « pubblico incanto. *Il termine quinquennale si « è riputato sufficiente, dappoichè è difficile « che i creditori e legatari non ispingessero du- « rante questo le loro pretensioni* ». Un patrimonio che ha potuto alimentarsi e vivere per cinque anni; l'erede che per cinque anni non ha sentito il bisogno di vendere, sono condizioni notevoli di forza nell'uno, di lenle ed onesto portamento nell'altro. La legge modera il suo rigore. Concede *dopo cinque anni* quella facoltà che le leggi romane accordavano in ogni tempo all'erede beneficiato.

7. *Formalità della vendita dei beni mobili.*

Veniamo alla procedura.

Articolo 623. — Il giudice *non ordina* la vendita, ma con decreto sulla istanza che ne fa l'erede, lo abilita a vendere, nomina l'ufficiale che deve regolarla, nomina il perito *per la stima degli oggetti d'oro e d'argento, delle gioie, ecc.* Queste cose non saranno sempre le ultime di cui sarà permessa la vendita. Si deve aver riguardo all'interesse dei creditori, ma si deve avere altresì a quello dell'erede. Cose infruttifere e forse d'ingente valore, gioverà alienarle per impiegarne il profitto nella dimissione di debiti fruttiferi. Se l'erede non ha data cauzione, il giudice potrà vincolare il prezzo; o vincolarlo ad ogni modo, sia per soddisfare i debiti più urgenti, sia per altre erogazioni utili al patrimonio. Quanto alla *stima*, sebbene l'inventario ne porti una, giova pur sempre rinnovarla, abbenchè non sia trascorso molto tempo dalla confezione dell'inventario; revisione che vale insieme alla verità e alla tranquillità dei compratori.

Trovo pure applicabili gli altri articoli (del Capo VI, Libro II), *eccettuati* il 624; il 632, periodo 1°; il 633, in parte (*); l'articolo 638, 1° capoverso; l'articolo 640; il 643 e il 644. La redazione del processo verbale (art. 641) subisce le modificazioni che ognuno può intendere. Il prezzo che si ricava dal miglior offerente in un'asta pubblica si reputa sempre il migliore: certo l'erede è al coperto da ogni responsabilità.

8. *Del prezzo ricavato dalla vendita dei beni mobili* (**).

Se il patrimonio fosse fortunatamente purgato dai debiti, nè l'erede avrebbe d'uopo di autorizzazione, nè il prezzo ricadrebbe in altre mani che nelle sue; egli infine sarebbe emancipato da ogni vincolo. Ma noi veniamo misurando i passi dell'erede sullo scabro sentiero della sua perigliosa dipendenza.

Il nostro articolo nell'ultimo capoverso dice: « Il prezzo della vendita in caso di oppo- « sizione si distribuisce a norma di legge ». L'articolo 990 del Codice di procedura francese è più aperto nella sua formola: « Le prix « de la vente du mobilier sera distribué par « contribution entre les créanciers opposants, « suivant les formalités indiquées au titre de « la distribution par contribution ».

Che s'intende in questo caso per opposizione?

« Les créanciers, insegnò il Carré, ont plu- « sieurs moyens de former des oppositions con- « servatrices de leurs droits; elles peuvent être « faites ou aux scellés, s'il y en a d'apposés, « ou dans les mains de l'officier public qui « aura faite la vente du mobilier, dans celles « de l'adjudicataire, ou mieux ancore entre les « mains de l'héritier bénéficiaire lui même ».

Noi portiamo una piccola riforma a questa

(*) *In parte*, perchè non occorre che il pretore ordini il nuovo incanto, ma può rinnovarlo l'erede, trattandosi di *asta volontaria*. Deve però rinnovarsi il bando.

(**) Per *beni mobili* dobbiamo intender l'una e l'altra specie, compresa negli articoli 417 e 418 del Codice civile. È osservabile la locuzione dei precedenti Codici di procedura; ne apprendo il proposito che ha avuto la nuova legge, adottando quella di *beni mobili*. *Vente du mobilier et des rentes dépendant de la succession* (Codice francese, art. 989). *Vendita dei mobili* (Codice sardo del 1854, art. 1081). *Vendita dei mobili o censi o rendite* (Codice del 1859, art. 1071).

Digitized by Google

saggia istruzione. L'opposizione alla *rimozione dei sigilli* non ci sembra rispondere abbastanza allo scopo presente. Quella opposizione ebbe un altro intendimento; e non potrebbe rappresentare ogni genere d'opposizione che il creditore dovesse fare nelle contingenze avvenire. Quella opposizione potrebbe anch'essere antica; potrebb'essere stata abbandonata; forse quell'opponente non è più creditore. Aggiungo che può altresì praticarsi la opposizione con atto presentato nella cancelleria del pretore, notificato allo stesso erede.

La legge non assegna termini a fare la opposizione. Io non credo abbia a seguirsi il rigore dell'articolo 651, cioè che l'opposizione *debba precedere la vendita*. La opposizione non ha altro scopo che di determinare e circoscrivere le persone dei creditori in confronto dei quali deve farsi la distribuzione del prezzo, e che devono pure giustificare la loro qualità. L'erede non è incaricato dalla legge di andar cercando tutti i creditori chirografarii onde soddisfarli in una proporzione geometrica: i creditori devono avere la diligenza di farsi vedere, di presentarsi da sè. A questi creditori altri potranno aggiungersi prima del compimento dello stato di assegnazione, secondo l'articolo 653. Del resto le disposizioni del Capo VIII del Libro II sono perfettamente applicabili.

Supponiamo che non vi sia opposizione. Il pretore potrà rilasciare il prezzo allo stesso erede se ha prestata cauzione; potrà ordinarne l'impiego con vincolo, e provvedere in ogni altro modo prudente e migliore.

Articolo 876.

Per ottenere l'autorizzazione di vendere i beni immobili, l'erede deve chiederla con ricorso al tribunale civile del luogo in cui si aprì la successione, facendone la descrizione.

Il tribunale provvede, sentito il ministero pubblico.

Articolo 877.

Il tribunale col decreto che autorizza la vendita ordina che si faccia sul prezzo che sarà stabilito da uno o tre periti nominati nello stesso decreto, e assegna l'udienza per l'incanto.

Si osservano nel resto le disposizioni del capo I, titolo III del libro secondo, in quanto siano applicabili.

Il prezzo della vendita si distribuisce in conformità del capo II dello stesso titolo.

Annotazioni.

1. *Considerazioni sulla competenza.*

a) Se l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione sia competente in ogni tempo per l'esercizio di quest'azione.

Il dubbio nasce da che noi vediamo apertamente dall'articolo 94, che la mentovata autorità giudiziaria è investita di una giurisdizione temporanea, e dentro un certo termine, o al compimento di certi fatti che danno alla successione un assetto stabile e definitivo, si reputa esaurito l'ufficio suo. In effetto le disposizioni degli articoli 875 e 879 aggiungono a quella normale dell'articolo 94, che si trova non comprendere ogni caso, e quello di cui qui si tratta non vi è certamente compreso. Ma la giurisdizione creata dai citati due articoli non può esser ristretta a termine, e perchè la legge non distingue, e perchè regna una ragione permanente a mantenerla sino al fine dell'amministrazione dell'erede beneficiario. Veramente la eredità beneficiaria non è che un'amministrazione perdurante e continuata; e persistono quelle cause per le quali si trovò convenire al governo delle cose ereditarie il giudice dell'aperta successione.

b) Se a questa legge siano tenuti i creditori che procedono in forza delle loro azioni sui beni ereditarii.

Benchè non possa negarsi a questa competenza un criterio logico, gl'inconvenienti ci sono e si sentono. Si ricorre al giudice dell'aperta successione perchè si crede il più atto, il più istrutto, essendo circondato del maggior numero degli elementi della cognizione. Ma se questo giudice è di Novara, e gli oggetti da vendersi sono a Potenza, a Brindisi e via di-

scorrendo, io credo che si darebbe volontieri la preferenza al giudice locale.

Parliamo degli immobili.

Che il tribunale che concede l'autorizzazione sia altresì il tribunale che presiede alla operazione della vendita, le combinate disposizioni degli articoli 876 e 877 lo attestano. Ciò equivale al dire che il processo di vendita si eseguisce nel territorio in cui quel tribunale esercita la sua autorità, poichè non potrebbe esercitarla altrove.

Chi ci ha seguiti nello studio accurato della procedura, si è abbattuto altre volte in dissonanze e difficoltà non dissimili in fatto di vendita più o meno forzosa degli stabili, che non è ancora un problema perfettamente sciolto. In effetto gli stabili possono giacere a grandi distanze dal luogo, e quindi dal tribunale dell'aperta successione. È il massimo degli inconvenienti, bisogna pur dirlo, che degli stabili posti nella Lombardia debbano vendersi sotto la direzione di un tribunale sedente a Catania, e che dovrebbe ripiegare a furia di delegazioni.

Per quanto riguarda l'erede beneficiario può per altro osservarsi che il magistrato è in certo modo investito di una doppia missione: di quella ordinaria di regolare e risolvere le questioni della vendita; e di una speciale e tutelare nell'interesse della eredità. È quivi difatti la radice della sua competenza. L'erede beneficiario rinviato alle forme generali delle vendite forzose degl'immobili, per quanto applicabili, è avvinto a questa competenza inalterabilmente.

Ma non può dirsi altrettanto dei creditori che agiscono contro i beni per conto proprio, coi titoli e le azioni di cui sono in possesso. La contrarietà delle posizioni, la diversità degli scopi, è di tutta evidenza. L'erede beneficiario vende per conservare, vende in qualità di amministratore, o per far rifiorire il patrimonio purgandolo dalle cause che lo affliggono, o semplicemente per soddisfare a un atto di giustizia, il pagamento dei creditori. In ogni modo l'erede, finchè agisce in tale qualità, non apprende il patrimonio come pegno di un credito proprio, nel che consiste l'azione del creditore; non vende insomma forzatamente i beni altrui, ma i beni stessi da lui amministrati. Il creditore, ipotecario o non ipotecario che sia, purchè fornito di titolo esecutorio, non sottostà alle restrizioni, come non gode i vantaggi della procedura statuita in questo Capitolo all'erede beneficiario (Bilhard, *Traité du bénéfice d'inventaire*, pag. 133; Persil fils, *Commentaire*, n° 655; Corte de Nîmes, 28 dicembre 1825; *Journal Avoués*, tom. xxxii, pag. 170; Cassazione franc., 3 dicembre 1834, ivi, tom. l, pag. 115). Il creditore promuove le sue azioni contro l'erede beneficiario quale rappresentante della eredità, ma avanti i tribunali ordinati dalla regola generale di competenza.

b) Della istanza di divisione contro l'erede beneficiario.

Il principio che distingue *fra gli atti dell'erede beneficiario quale amministratore del patrimonio, e le azioni che si esercitano dai terzi contro il patrimonio* è fecondo di conseguenze: ci basti notarne una sola.

Se la divisione è domandata da un coerede non beneficiato contro un coerede beneficiato, non vi può essere la menoma difficoltà, io credo, per ritenere la osservanza della competenza ordinaria (Chauveau in Carré, quest. 2509 sept.). Se non che per l'articolo 94, n° 1, noi restiamo ancora affissi alla competenza del tribunale dell'aperta successione. Però la citazione, il modo di procedere, il rito, sono al tutto quelli regolati dalla legge comune. Ma se la divisione deve effettuarsi fra coeredi ugualmente beneficiarii, sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale (se trattasi d'immobili; del pretore, se di soli mobili), seguendo del resto le norme che saremo a spiegare nel Capo seguente.

2. *Formalità della vendita* (all'articolo 877).

Il tribunale accorda il permesso di vendita; base di proposta il prezzo che sarà stabilito da uno o tre periti; fissata l'udienza per l'incanto.

Da queste operazioni preliminari siamo a dirittura portati dentro l'articolo 667, cioè alla pubblicazione del bando venale.

Il *giorno dell'incanto* è statuito dal tribunale nel decreto di autorizzazione; decreto che dovrà esser mentovato nel bando.

È stata suggerita da pratici egregi una cautela di cui faccio parte ai miei cortesi lettori, ed è, che giova dichiarare nel bando che il prezzo sarà distribuito ai creditori, e l'avanzo sarà consegnato allo stesso erede (Thomine, pag. 360; Chauveau, quest. 2510). Ogni cautela è buona; non però è necessario enunciare ciò che è il portato della legge.

Dovrà la vendita essere autorizzata per sentenza del tribunale secondo l'articolo 606?

Francamente si risponde di no; la vendita mantiene sempre il suo carattere di volontaria; è circondata di forme, ma con intento simile a quello della vendita dei beni dei minori, non mira che a rendere più lucrosa la vendita, mentre il beneficiario adempie nello stesso tempo ad una obbligazione che lo difende da

gravi responsabilità. Adunque sentenza di vendita non interviene.

Ma se non ha luogo questo atto grande e solenne della procedura esecutiva, d'uopo è pure provvedere ai bisogni della graduazione indicati ai n.i 4 e 5 dell'articolo 666. D'uopo è che la ragione aggiunga a quello che la legge non ha dichiarato, e ponga in armonia due sistemi che mettono in comune non pochi dei loro postulati, che partecipano anche nel fine, e nonostante differenziano fra loro notabilmente.

Il processo di graduazione si apre colla notificazione del bando, dal qual punto i creditori sono giovati da un termine di trenta giorni *a fare le loro domande di collocazione ed esibire i documenti giustificativi* (detto art. 666, n° 5). Il tribunale può, io credo, dichiarare tutto questo nella sua ordinanza con cui autorizza la vendita. Ma lo faccia o no, l'atto di notifica del bando porterà la relativa avvertenza ai creditori iscritti ai quali deve essere notificato (articolo 668). Il privato non fa con questo un atto di giurisdizione e non coercisce l'altrui libertà imponendo un precetto; ma obbedisce alla legge che vuole conforme, fin dov'è possibile, questa procedura a quella delle vendite forzose.

Il fondamento sommo della vendita è il bando che racchiude tutte le obbligazioni del venditore, la cui accettazione forma il contratto. È facile intendere quali nozioni nel bando, descritto com'è nell'articolo 667, dovranno intralasciarsi e quali aggiungersi, e come gli ordinamenti prescritti dal 667 al 672 debbano esser tenuti in osservanza. Faccio sosta all'articolo 673, e osservo come sia permesso allo *erede beneficiario* proporre all'asta, mentre è proibito al *debitore*. Io stimo che l'erede beneficiario sia qui considerato come debitore coatto, e non come un vendente volontario; ma quale vendente volontario, spiegando qualità di amministratore del patrimonio, non gli sarebbe lecito, secondo la mia opinione, offrire all'asta.

Un'altra legge che richiama la nostra attenzione è l'articolo 675, al capoverso 1°. In questo testo si dice che, non essendovi offerte, il tribunale *può ribassare il prezzo di un decimo e così successivamente, finchè non si abbiano offerenti.*

Parmi di avere già avvertito, parlando della *vendita dei beni dei minori*, che il tribunale non ha questa facoltà di ribassare il prezzo. Io che porto questa medesima opinione per la vendita volontaria che si fa dall'erede beneficiato, mi trovo confortato da quella tanto autorevole del CHAUVEAU. Egli espone il suo concetto con queste parole chiarissime. « Le « juge ne peut, sans le consentement des par« ties poursuivant la vente, *adjuger les immeu« bles à un prix inférieur à l'estimation*. S'il « en était autrement, l'estimation des immeu« bles serait absolument inutile. Elle est au « contraire ordonnée pour prévenir une adju« dication à vil prix qui pourrait avoir lieu par « collusion d'un compartageant, *et surtout d'un « héritier bénéficiaire* » (all'articolo 988, questione 2512). Ed è verissimo: tutto questo apparecchio è messo in moto, perchè mai? perchè non si venda a vil prezzo, come dice l'illustre maestro. Alla offerta del prezzo è surrogata inevitabilmente la stima, atteso non potersi l'erede beneficiato costringere a ricevere i fondi in aggiudicazione; e ove potesse farlo (nel che io non convengo), dovrebbe versare il prezzo, come ogni altro acquirente, ai creditori della eredità.

Terminando questo riscontro fra i due sistemi, dirò che tutta la serie delle disposizioni collocate nel § 2, Sezione I, Capo I, Titolo III, è con poche variazioni applicabile, toltane quella dell'articolo 688. L'*immobilizzazione dei frutti* non si effettua se non nelle vendite forzate, che si fanno in forza di un titolo esecutivo, e cominciano da un precetto. Invece per l'erede beneficiario le rendite dei fondi sono attività a cui altre passività sogliono corrispondere, e delle quali egli dovrà in fine render conto.

Le disposizioni del successivo § 3 *sono forse applicabili?*

È cosa evidente che l'erede, promotore della vendita, può prevalersi dei diritti che accorda l'articolo 689. Ma uguale diritto avranno i creditori? Ciò rimane assai dubbio. Ma inclino a ritenere che l'azione della rivendita ad essi non appartenga. Qui non si tratta *di vendere e di dover vendere ad ogni costo*. Non potrebbe l'erede, poniamo pure con ulteriore autorizzazione del tribunale, accordarsi col compratore, consentire, per esempio, una cauzione ipotecaria, e permettergli una dilazione?

Che dovrà dirsi intorno alle disposizioni del § 4?

Ammetto senza la menoma esitanza l'applicazione degli articoli 699 e 700, mentre i terzi potranno benissimo sorgere a domandare la separazione di quelle parti dei beni che stimano ad essi e non alla eredità appartenere. L'interesse, come ognun vede, in tal caso è meno dell'erede beneficiato, che degli stessi creditori. Intorno ad emergenti di questa ragione possono quindi aprirsi vere contesta-

zioni giudiziali, che senza difficoltà potranno chiamarsi incidenti del processo di vendita. Ma è pur anco manifesto, che non essendo questo un processo di *espropriazione* (che importa lo spogliamento forzato di un proprietario), ma l'abdicazione volontaria della proprietà, le *azioni di nullità* non possono nascere che dopo la vendita, come si osservò altrove parlando della vendita volontaria dei beni dei minori. La responsabilità rimane tutta e interamente allo stesso erede.

A questo proposito insegna DURANTON: « Mais ce qu'il fait bien remarquer c'est que « la vente qui serait faite sans l'emploi de « cettes formalités, *de gré à gré, ne serait pas « nulle quoique les créanciers et les légataires « en demandassent la nullité* » (Tit. de success., vol. IV, edizione di Bruxelles, n° 28) (*). Sentenza verissima; la pena è dell'erede che decade dal benefizio.

3. *Pagamento e distribuzione del prezzo.*

Il testo è chiaro, il concorso e la graduazione dei creditori si effettua come nei giudizi di spropriazione. Ciò si collega eziandio al precetto dell'articolo 976 del Codice civile. In fatto di creditori non si potrebbe fare altrimenti che a rischio e pericolo dello stesso erede.

Giova qui ricordare la rilevantissima differenza che passa fra la distribuzione del prezzo dei beni mobili e degli stabili. I creditori nel primo caso sono pagati *in quanto hanno fatto opposizione*, ossia in quanto si sono fatti riconoscere, come si disse a suo luogo. Ai creditori ipotecarii *vale come opposizione la loro stessa ipoteca.*

Nelle vendite giudiziarie e forzose il creditore ipotecario che non ha presentato i suoi titoli in tempo debito, arrischia di perdere il diritto e vedersi respinto nel concorso dall'onda dei creditori sopravvenienti. Ma in ordine alla vendita volontaria, la cosa non va precisamente così. L'alienante deve curare egli stesso di pagare regolarmente; l'alienatario a cui sommamente preme la soddisfazione di tutti gli ipotecarii, ha pure il diritto di regolare la operazione. Quantunque sia stato, e non male, osservato dai pratici che non vi ha un vero bisogno dell'intervento autorevole del giudice, potendosi il prezzo distribuire d'accordo e convenzionalmente, quegli stessi però avvisano quanto alla sicurezza dell'erede importi la sanzione dell'autorità giudiziaria, ancorchè una vera contestazione non sia nata, solo che lo stato delle iscrizioni sia alquanto complicato, o non concorra il consenso di tutti (CARRÉ; DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, tom. II, pag. 303; CHABOT, ecc.

Articolo 878.

Quando l'erede sia un minore, o altra persona, o corpo morale, che non possa accettar l'eredità, se non col benefizio d'inventario, la vendita non può autorizzarsi se non colle forme stabilite per l'alienazione dei beni di queste persone.

Articolo 879.

L'istanza di qualunque tra i creditori o altri aventi interesse, affinchè l'erede con benefizio d'inventario dia le cautele stabilite dal codice civile, è proposta con citazione in via sommaria davanti l'autorità giudiziaria competente a norma degli articoli 883 e 884.

Se davanti la stessa autorità sia già vertente giudizio tra le parti, la domanda è proposta nella forma stabilita per gli incidenti.

Le stesse norme si applicano all'istanza proposta contro l'erede con benefizio d'inventario, per il rendimento dei conti.

Annotazioni.

1. Nel commento all'articolo 875, n° 4, si è parlato incidentalmente del diritto della cauzione concesso ai *creditori ed aventi interesse* dall'articolo 973 del Codice civile (**). Non

(*) L'autore crede che non avrà luogo l'aumento del quarto (ora del sesto), contro l'avviso di TOULLIER; ma piuttosto del decimo, come avviene nel processo di purgazione volontaria. Non può ammettersi da noi quest'idea del DURANTON, che sarebbe in opposizione col volere del nostro articolo 877, primo capoverso.

(**) Gli aventi interesse, dice con ragione PIGEAU, (*Comment.*, tom. II, pag. 702), saranno i *legatarii* che,

spetta a noi che trattiamo della procedura esaminare quanto concerne quel diritto e le sue conseguenze; nondimeno nel luogo indicato abbiamo dovuto portarvi qualche osservazione non priva d'importanza. L'art. 879 determina: 1° la competenza; 2° il metodo di procedere comune al giudizio di *rendimento del conto*. Il giudizio della cauzione può essere principale o incidente. Tuttavia non è facile concepire la questione incidente, come sembra a prima vista. Facciamo due ipotesi. È l'erede che promuove le azioni creditorie dell'eredità contro i suoi debitori? I debitori non potranno riconvenirlo per la cauzione, perchè ai debitori non compete il diritto. O l'erede è convenuto da qualche creditore della eredità?

Questo creditore che ha di già un titolo esecutorio e insiste pel pagamento, non si perderà a domandare una cauzione; egli vuol esser pagato subito. Nel primo caso, e non nel secondo, potranno domandare intervento in causa i creditori all'oggetto della cauzione, se pure non trovano meglio il loro conto nel lasciar fare, per acquistare una eccezione di decadenza contro lo stesso erede. Tuttavia la legge ha un'attitudine così generale, che la possibilità di altre questioni, fra le quali possa introdursi un incidente di cauzione, non può essere esclusa.

2. La questione della competenza desidera qualche schiarimento.

Il nostro articolo 879 si richiama ai seguenti 883 e 884, relativi ai giudizi di divisione fra i coeredi. L'autorità giudiziaria alla quale si porterà la domanda è *quella* adunque della *aperta successione*, essendochè innanzi a quella il giudizio di divisione deve farsi (articolo 94, n° 1). Ciò per quanto riguarda la via d'azione.

L'incidente della cauzione può sollevarsi so la questione principale si agita *fra le stesse parti*. Dobbiamo intendere *fra i creditori e aventi interesse da un lato, e l'erede dall'altro*, laddove, per esempio, se la questione principale vertisse fra gli eredi sulla intelligenza, supponiamo, di una particola testamentaria, e sulla loro rispettiva compartecipazione nella eredità, ecc., non potrebbero i creditori cacciarvisi dentro per domandare incongruamente una cauzione.

Considerazione che si amplia coll'avvertire, che la determinazione del nostro articolo ha il suo limite nella natura stessa dei giudizi: *nella correlazione che un giudizio incidente deve sempre avere col giudizio principale*, onde la istanza possa essere ammessa sotto quella forma; e non debba piuttosto rinviarsi alla sede competente ove pure presenti per se stessa il carattere di azione principale.

Questo è il limite della ragione giudiziaria generale: una speciale pone il nostro articolo, ed assai giusta. Il magistrato che può applicare la cauzione in via incidente *è quello stesso che è competente ad applicarla in via d'azione*. Non può essere un altro. Si possono bene immaginare giudizi aperti fra l'erede e i creditori, fra l'erede e i debitori dell'eredità, avanti a magistrati diversi da quelli della successione. Se un creditore cita l'erede per il pagamento di una cambiale avanti il tribunale di commercio, non sarà certamente il tribunale di commercio che potrà incidentalmente ammettere una cauzione ereditaria.

Si conclude pertanto che la disposizione del nostro articolo regola la forma del giudizio senza variare il principio della competenza.

3. L'adozione del rito sommario nel *rendimento dei conti* modifica il regolamento stabilito per questi giudizi, che è il processo ordinario o formale (Sezione V, Capo I, Titolo IV, Libro I).

Del resto avranno applicazione le norme indicate nella Sezione VI.

Articolo 880.

Le azioni che l'erede con benefizio d'inventario promova contro l'eredità sono dirette contro gli altri eredi. Se non vi siano altri eredi, o se tutti promuovano la stessa azione, l'autorità giudiziaria nomina un curatore che rappresenti l'eredità.

Annotazioni.

1. Conservando l'erede beneficiario distinte le sue azioni da quelle della eredità, può non solo esercitarle contro altri debitori, ma eziandio contro l'eredità stessa (*). Gli altri eredi

avendo diritto dopo i creditori a partecipare del valore dei beni mobili, hanno evidentemente interesse. L'illustre autore, a cui si accorda il CHAVERNU, ritiene che la stessa azione non sia permessa ai *coeredi beneficiari* mentre non vi ha fra essi solidarietà. La proposizione mi sembra troppo assoluta. Dipenderà dalle speciali circostanze. Se, faccio un sol caso, nella divisione la maggior parte dei mobili fosse stata assegnata all'erede *A*, non sarebbe senza responsabilità la posizione dei coeredi *B* e *C* verso la eredità. Essi potrebbero a loro volta essere costretti alla cauzione, senza riguardo alla divisione che si è fatta.

(*) Per esempio, un'azione di rivendicazione.

hanno qualità per rappresentarla in questa lotta col coerede che riveste una diversa persona, nella stessa guisa che l'erede beneficiario sostiene ogni lite attiva e passiva in nome dell'eredità. La circostanza di avere per avversario un coerede non cangia la loro posizione, non altera la loro rappresentanza. Il modo stesso della difesa, e perfino la opportunità e giustizia della lite potranno formare capitoli di censura nel rendiconto: ma non parliamo di ciò; la legge calcola l'interesse che hanno i coeredi nella difesa, e vi trova il contrappeso al pericolo delle collusioni.

2. *Il curatore rappresenta l'interesse dei creditori. Se facciasi luogo ad opposizione di terzo per parte loro o ad intervento.*

La questione della *opposizione di terzo* è stata fatta, e si addusse anche qualche motivo per sostenerla. Non si era tranquilli sulla energia e sul completo interessamento del curatore (*Annales du notariat; Commentaire du Code de procédure*, tom. VI, pag. 278). Che il curatore rappresenti nella persona morale dell'eredità i creditori che vi hanno interesse è generalmente ammesso e fuori di dubbio. Dopo ciò la opposizione di terzo, nel modo con cui noi la intendiamo (*), è cosa assurda. In questo senso PAIGNON, t. II, n° 345; CHAUVEAU, quest. 2528). Può solo parlarsi del *diritto di intervento.*

Ma se il curatore rappresenta anche i creditori, *essi dunque sarebbero già in causa* (**). Questo riflesso ci conduce ad escludere l'intervento persino nel caso che si temesse collusione dal curatore, benchè altri non sia di questo avviso (THOMINE, tom. II, pag. 637; PERSIL FILS, *Comment.*, pag. 518). Le cause dell'intervento sono definite dalla legge (articolo 201 a 205). Il curatore sospetto potrebbe essere rimosso: in ciò consisterebbe il diritto dei creditori.

Articolo 881.

Compiuto l'inventario, e decorsi giorni trenta dalla trascrizione e inserzione prescritta dall'art. 955 del codice civile, l'erede può fare transazioni. Queste non hanno effetto senza l'approvazione del pretore se l'oggetto della transazione non ecceda il valore di lire mille cinquecento, o del tribunale civile, sentito il ministero pubblico, se ecceda il detto valore.

L'autorità giudiziaria, prima di approvare la transazione, può richiedere il parere di uno o più giureconsulti da essa nominati, e ordinare la altre cautele che creda convenienti.

Annotazioni.

1. È una disposizione sfuggita alla redazione del Codice civile, come facilmente si vede. Dimenticata anche dal Codice Napoleone, supplì la dottrina colla scorta della giurisprudenza. « On a décidé, disse DURANTON, « que l'héritier bénéficiaire qui passe un com« promis sur des contestations relatives à la « succession *renonce par là au bénéfice d'in« ventaire, et devient héritier pur et simple;* « et qu'il ne peut demander la nullité de com« promis vis-à-vis de l'autre partie sous pré« texte qui, l'ayant passé, ce compromis, sans « y prendre la qualité d'héritier, il avait « excedé les bornes du droit d'administration « conféré à un héritier bénéficiaire » (vol. IV, n° 55). Si sapeva insomma che l'erede beneficiario non poteva transigere; che la transazione, il compromesso, quali atti autonomi, bastavano a privarlo del benefizio: qualche rimedio però ci doveva essere perchè ad ogni imperfezione involontaria il giudice soccorre.

Prima d'ora il tribunale aveva solo la facoltà di approvare le transazioni (art. 1079 della procedura sarda del 1859). Dividendo questa facoltà in proporzione di valore al pretore e al tribunale, si è fatta giusta ragione della importanza dell'affare e della guarentigia che vi si richiede.

Niun dubbio che nella transazione s'inchiude il compromesso, e sta in relazione coll'art. 9 della procedura.

2. *Se queste regole di competenza non fossero osservate, quali ne sarebbero le giuridiche conseguenze?*

(*) Vedi le nostre considerazioni sull'articolo 510.
(**) Non sarebbero i *terzi* che intervengono nell'altrui giudizio.

Ecco una questione che si direbbe elegante e nuova, secondo a me pare.

Noi siamo già istrutti che l'erede beneficiario (che supponiamo sempre maggiore di età e *sui juris*) ha la pienezza della sua capacità, ed i suoi atti sono perfettamente validi di fronte ai terzi. Soltanto egli, operando di suo moto e liberamente, mette in pericolo la propria situazione di erede beneficiato, e arrischia di passare nella categoria degli credi puri e semplici.

Non devesi adunque considerare la questione nel rapporto della validità degli atti di transazione o compromesso, ossia nell'*oggetto*, ma nel *soggetto*, in quanto l'erede si pregiudichi, non riportando l'approvazione dal magistrato competente.

La segregazione che oggidì si è introdotta fra i poteri del magistrato in ordine alla somma, dev'essa riguardarsi piuttosto di metodo, convenienza, o comodo che voglia dirsi, o costituisce quella base organica della giurisdizione, fuor della quale il magistrato manca di podestà e pecca, come suol dirsi, di eccesso di potere?

Ponendo mente al *carattere amministrativo* della funzione che in questo caso esercita l'autorità giudiziaria, noi sentiamo che la confusione che fosse per nascere nell'esercizio dei diversi attributi che le sono conferiti, non potrebbe giudicarsi colle norme rigorose del Codice di procedura civile. E ciò principalmente perchè l'errore del giudice non partorisce acquisto di diritti a taluno dei contendenti; ma sta ristretto dentro la sua sfera, cioè di disordine amministrativo. Chi mai potrebbe opporre nullità della transazione o del compromesso per la ragione che il pretore lo autorizzò, benchè il suo importare economico superasse lire 1500, o il tribunale, benchè di somma inferiore? Non i terzi che avrebbero contrattato validamente; non lo stesso erede, poichè sarebbe quello un fatto suo.

Resta dunque osservare la questione dal lato dello stesso erede o, come si è detto, *soggettivamente*.

Che male verrà all'erede se esso ha riportata l'*approvazione* piuttosto dal tribunale che dal pretore per un valsente minore di L. 1500? Affatto niuno. Il tribunale che aveva la facoltà del più, ha quella del meno; e non si può dir altro fuorchè l'erede ha procacciata alla sua convenzione una garanzia abbondante ed ultronea.

Il dubbio più presto potrebbe apparire nel caso inverso: se il pretore avesse autorizzata una transazione di un valsente superiore a L. 1500. Nondimeno, *siccome l'unica conseguenza a dedursi sarebbe la decadenza dell'erede dal beneficio dell'inventario*, chi mai avrebbe il coraggio di sostenerla? Forse ha voluto fare atto di padrone, affermare la propria autonomia, o tutto questo in dispregio della legge? Egli ha presentato al giudice l'atto che doveva eseguire; il giudice lo ha approvato. Rispetto all'erede è *questione di buona fede* (*); per certo il moderno legislatore non ha voluto creare nuovi imbarazzi colla divisione delle competenze, e quel che è più, non ha voluto ad un articolo del Codice di procedura affidare la missione di rovesciare i principii consacrati insieme dalla scienza e dal Codice civile.

Queste parole ho dovuto pronunciare perchè non lieve impressione ingerisce quel dire del testo: *Queste* (le transazioni) NON HANNO EFFETTO *senza l'approvazione*, ecc. Ma che? I terzi saranno tenuti a investigare se l'erede, sia semplice o misto, beneficiario o no, in qual regola si trovi coi creditori del patrimonio; se egli possa o non possa rinunciare al benefizio gerendo come erede puro e semplice? E tutto ciò senza neppur riflettere se il suo operato sia coperto dalla cauzione? Cattiva quanto mal dir si possa la redazione dell'articolo, ne conveniamo; ma il senso giuridico non può esser che questo: *il titolo di transazione non preservare l'erede dalla decadenza.*

(*) Corte di Genova, 7 giugno 1853, BETTINI, part. II, pag. 167; Corte di Genova, 14 febbraio 1850, *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1851, pag. 303.

CAPO IV.

DELLE DIVISIONI

Articolo 882.

L'istanza per la divisione giudiziale si propone in contradditorio dei coeredi e dei creditori opponenti.

Articolo 883.

Quando il valore dell'eredità non ecceda lire mille cinquecento, l'istanza si propone davanti il pretore.

Se si debba procedere alla vendita di immobili che non possano dividersi comodamente, il pretore rimette le parti davanti il tribunale civile a udienza fissa per le operazioni relative alla vendita.

Articolo 884.

Quando il valore dell'eredità ecceda lire mille cinquecento, l'istanza per la divisione si propone davanti il tribunale civile in via sommaria.

Il tribunale può in ogni caso delegare un giudice per le operazioni relative alla divisione.

Annotazioni.

1. La divisione giudiziale ha luogo: 1° Quando i pareri non si accordano (articolo 986 del Codice civile); 2° Quando i mobili dividendi sono colpiti da sequestro, o alla vendita convenzionale si opponessero ragionevolmente i creditori (articolo 987, ivi); 3° Se gl'immobili non possano comodamente dividersi (articolo 988, ivi). I creditori hanno facoltà di opporsi alla vendita dei mobili e non degl'immobili, perchè solo nel primo caso possono temer pregiudizio.

2. I trascritti tre articoli governano la competenza e sono l'applicazione di una delle regole fondamentali consegnate nell'articolo 94.

3. *Il valore della eredità.* Anzichè misurare la competenza dal valore degli oggetti da dividersi (pertinenti al compendio ereditario) la legge ferma la sua base nel complessivo importare della eredità; e giustamente, perchè il concetto della unità è inseparabile dall'ente giuridico, perchè l'atto della divisione può suscitare investigazioni di dritti tali da estendersi sopra ogni punto della successione.

Tanto è vero che le massime adottate nella divisione principale hanno una efficacia regolatrice sulle divisioni subalterne e successive di oggetti rimasti indivisi, che la dottrina ha con ragione stabilito, la cognizione di siffatte divisioni, come a dire addizionali, non recarsi più *al magistrato del luogo dell'aperta successione* che ha finito il suo còmpito. Il magistrato locale, quello voglio dire nel cui distretto si troveranno i residui ereditarii da dividersi, è il giudice competente, secondo il valore dell'attuale dividendo (Carré, all'articolo 967 del Codice di procedura civile; Rogron, p. 1091; Chauveau, quest. 2504; Thomine, tom. II, pag. 606; Cassazione francese, 11 maggio 1807, *Jour. Av.*, tom. XXII, p. 30).

4. Non è agevol cosa determinare il valsente ereditario non avendosi inventario, od anche esistendo inventario, che non è già il recipiente obbligato di tutti i valori della eredità. Del resto il dettato legislativo scorre leggiero su questo punto, e non porge alcuna norma per istituire un calcolo. S'introducono ora per la prima volta le distinzioni di competenza per valore in un atto di divisione; il Codice civile francese ne incarica sempre il tribunale; e tale giurisdizione unica professava anche l'ultimo Codice sardo (articolo 1080). La pratica proverà che questo frazionare la competenza

non torna a vantaggio; semina questioni, difficoltà; pericoli eziandio di annullamento dopo le divisioni. Ad ogni modo se il complessivo valore della sostanza non è ben noto, e non può facilmente dimostrarsi, consiglio della prudenza egli è di adire la giurisdizione del tribunale.

5. Che non debbasi fare molta forza, per così esprimermi, sulla competenza pretoriale, valga anche il disposto del capoverso dell'articolo 883. Già ivi si suppongono *immobili di sì tenue valore* che aggiunti ai mobili, crediti, ecc. non superino in complesso il valore di L. 1500. Nondimeno il pretore al semplice ostacolo di un fondo che *non può comodamente dividersi*, rimette le parti al tribunale. Ma i condividenti che sentono meglio degli altri la difficoltà, potranno per questo solo adire il tribunale, senza venire aspettando il rinvio del giudice, a perdita di tempo e di spese.

5. *Dei creditori opponenti che devono citarsi* (articolo 882).

Era scritto nel Codice civile albertino un articolo che diceva così: « I creditori di un « condividente, per impedire che la divisione « sia fatta in frode dei loro diritti, possono « opporsi affinchè non vi si proceda se non col « loro intervento, e possono intervenirvi a loro « spese; ma non possono impugnare una di« visione consumata, eccettuato il caso in cui « si fosse eseguita senza di essi, ed in pregiu« dizio di una opposizione che avessero fatto » (articolo 1066). E in questo era maggiore severità, e se mi permettete vorrei chiamarla intemperanza, che mai fosse stata per lo addietro; lo stesso Codice Napoleone, disponendo *delle divisioni*, attribuisce ai creditori il diritto *di chiedere l'apposizione dei sigilli, di opporsi alla loro rimozione* (articolo 820, 821), e non va più in là. Creditori *tementi la frode*, che per questo solo timore possono opporsi *in genere* alla divisione; creditori che possono render nulla una divisione già consumata *perchè non si ebbe riguardo a una loro opposizione*, senz'obbligo per altro di provare che la opposizione era fondata, e che realmente in danno loro si è tessuta una frode, sono esorbitanze fortunatamente non riprodotte nel Codice italiano.

Ora ci rimane, ed è sufficiente, l'articolo 987 (Codice civile): « Ciascuno dei coeredi può « chiedere in natura la sua parte dei beni mo« bili ed immobili della eredità. Nondimeno *se « vi fossero creditori che avessero sequestrati « i mobili* o *che vi si opponessero*, e se il mag« gior numero dei coeredi ne giudicasse ne« cessaria la vendita per il pagamento dei de« biti e dei pesi ereditari, i mobili saranno « venduti ai pubblici incanti ».

Secondo questo testo l'opposizione concerne puramente *i mobili*. Il sequestrante è, come ognun vede, in pienissimo diritto di opporsi ad una divisione della quale debbe far parte quel pegno quesito ai creditori. Se non che l'articolo 987 contiene quest'altra frase: o *che vi si opponessero*. Parmi potersene inferire due specie di opposizione. *Il sequestro vale per se stesso opposizione;* creditori non oppignoranti *possono invece fare opposizione*. Ma la opposizione riguarderà *la divisione* in genere, o *solo il modo della divisione?* Ecco un'altra ricerca che emana dalle viscere del testo.

Il creditore sequestrante non vuole la divisione, o ciò a buon diritto. Difatti il testo si presta docile a questa idea, e conclude *alla vendita per pubblici incanti* onde pagare i debiti. I creditori opponenti e non sequestranti, non avranno il diritto, generalmente parlando, d'impedire la divisione non possedendo, a così dire, *un pegno specifico*. Ma gioverà ad essi di assistere alla divisione per tutela del loro interesse. E questi sono *i creditori opponenti* che devono citarsi, giusta il precetto dell'articolo 882.

Non parlerò *del modo dell'opposizione* che può ben essere molteplice, e se ne diedero cenni altrove in casi simili; solo dirò *delle condizioni* che, secondo me, danno diritto all'opposizione. L'una è che *si tratti di cose mobili*. La divisione dell'immobile, qualunque sia, non pregiudica ai creditori se vantano sopra essi diritti reali; e per lo esercizio di futuri diritti, non si può impedire la vendita degl'immobili; molto meno si può fare intralcio ad una divisione. I mobili all'incontro, per la natura loro, sfuggono di leggieri, e si prestano meglio alle frodi. Ma intendiamoci, e *questa è la seconda condizione*, qualunque capricciosa opposizione, non motivata che da vani timori, non deve bastare. È duopo che il patrimonio versi in istato di pericolo urgente, ovvero che l'opponente, eziandio non sequestrante, professi diritti reali su parte dei mobili; che vi abbia insomma una ragione particolare e degna di esser presa in considerazione dal magistrato. La nuova legge, più favorevole al diritto di proprietà, in questa guisa concilia con esso il legittimo interesse dei creditori.

Digitized by Google

Articolo 885.

Nel caso di appello, la causa deve sempre essere rimandata per le operazioni ulteriori della divisione davanti l'autorità giudiziaria di prima istanza.

Annotazioni.

Il disposto dell'articolo 492 riceve qui una parziale modificazione.

Se il magistrato d'appello non giudica definitivamente la causa, restando altre questioni a dibattersi, la causa si rimette sempre all'autorità di primo grado, onde le parti non siano private del benefizio dei due gradi di giurisdizione.

Una sentenza definitiva può essere riformata in appello in guisa che *altri atti d'istruzione* si credano necessarii alla completa definizione del giudizio, e siano ordinati. Il magistrato d'appello è in facoltà di *ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici.* Tal è il letterale ordinamento dell'articolo 492.

L'articolo 885 ne modifica l'ultima parte.

La decisione di appello può concepirsi di tre maniere.

Pendente il corso della divisione è sorta una controversia recata in appello. Restando a compiere altre operazioni, è naturale che queste siano proseguite avanti il primo giudice. Non era d'uopo di un articolo speciale.

Finite le operazioni della divisione, viene in disputa la loro regolarità e sussistenza giuridica; la sentenza d'appello, confermando quella di prima istanza, tutto approva e sancisce. Non vi è più reliquia da rimettersi all'esame dei primi giudici.

Ma si verifica invece il caso preveduto nell'ultima parte dell'art. 492. Ebbene il nostro articolo 885, derogandovi, toglie al magistrato d'appello la facoltà in quello accordata, per la speciale indole dei giudizi di divisione. Un esempio. Formate già ed assegnate le quote del dividendo (articoli 891, 892), si solleva questione sulla giustizia di questo riparto: il tribunale dichiara le assegnazioni valide e regolari. L'appello riforma; ordina il rinnovamento della perizia su nuove basi. Nei giudizi comuni, per l'art. 492 l'operazione potrebbe eseguirsi avanti lo stesso magistrato d'appello; se il giudizio è di divisione, *deve rimandarsi ai primi giudici.*

Articolo 886.

Per la vendita dei mobili, dei censi e delle rendite si osservano le norme stabilite nel capo VI, titolo II del libro secondo, in quanto siano applicabili.

Nella vendita degl'immobili si osservano le norme stabilite nel titolo V, capo II, sezione II di questo libro, aggiungendo nel bando il nome, il cognome, il domicilio o la residenza dell'istante, dei condividenti, e dei loro procuratori.

Il bando deve essere notificato anche ai condividenti e ai procuratori dei creditori intervenuti nel giudizio.

Annotazioni.

1. Dalla divisione siamo improvvisamente portati nel campo della vendita. Il trapasso è reso agevole dalle applicazioni del Codice civile. Le forme giudiziali fra maggiori non hanno luogo, *se le parti concordano fra loro in una divisione amichevole* (articolo 986 del Codice civile).

2. *Osservazioni sull'articolo 988 del Codice civile. Spirito e ragione di esso articolo.*

Gli immobili possono dividersi e rispettivamente assegnarsi per convenzione; chi ne dubita? Se si tratta d'immobile non comodamente divisibile (*), spiega DURANTON che non potendo anche effettuarsi la divisione, le parti possono prendere altri avvisi e spedienti. « On « peut aussi sortir de l'indivision par d'autres « actes que de partages à l'amiable ou judi- « ciaires, ou des licitations: par exemple par « des ventes ou donations faites par les cohé- « ritiers ou co-propriétaires à l'un d'eux, de

(*) Art. 988 del Cod. civ. ital. « Se gli immobili non possono comodamente dividersi, se ne farà egualmente la vendita agli incanti giudiziali.

« Quando però le parti sieno tutte in età maggiore e vi consentano, gli incanti possono seguire avanti un notaio eletto di comune accordo ed anche tra i soli condividendi.

« leurs droits, successifs ou parts dans la com-
« munauté; par des transactions ayant pour
« objet de reconnaître à l'un des cohéritiers ou
« communistes le droit a toute l'hérédité ou à
« la communauté moyennant les stipulations
« convenues dans lesdites transactions » (DURANTON, tom. IV, n° 100).

L'art. 827 del Codice Napoleone in sembianza più categorico del nostro 988 (*) non tolse che la dottrina del DURANTON non fosse vera e generalmente seguita; e per essa si dimostra, che la legge non impone alle parti un modo esclusivo *per uscire dallo stato d'indivisione;* ma in una data condizione di cose ordina la osservanza di regole e forme speciali, e si preoccupa di opportune guarentigie.

Ma qual è questa data condizione di cose?

Quando le parti non giungano ad intendersi fra loro, e in realtà gl'immobili non siano suscettivi di comoda divisione. Allora sono ordinate le vendite alle quali presiede l'autorità del giudice. Prevale, se sono maggiori, la volontà delle parti.

La prima proposizione si dimostra con tutta facilità, non così la seconda, che vuole essere intesa secondo ragione.

Senza divagare cercando appoggi nelle legislazioni conformi e nella dottrina (**), deve a tutto bastare l'art. 986 (Codice civile). Quella specie di congestione di diritti e di servitù che nasce dal separare ed assegnare per parti una cosa che per natura, per conformazione, per l'oggetto a cui deve servire, ripugna dall'esser divisa; abbia potuto o no semplificarsi dal buon volere delle parti interessate, ciò non deve turbare i sonni del legislatore; è una convenzione come un'altra. Quindi l'art. 988, qualunque sia la sua forma alquanto imperiosa ed austera, non autorizza un intervento ultroneo del legislatore a pregiudizio della libertà delle convenzioni.

Ma le parti non si accordano; bisogna invocare l'autorità del giudice. *La legge s'impone al giudice non alle parti;* indica la via che deve tenere.

La licitazione è il mezzo che può dirsi estremo a cui deve appigliarsi il giudice, laddove le parti non sieno d'accordo almeno nel punto — di vendere per dividersi il prezzo. Ma in piena discordia loro, il magistrato esamina primieramente se sussista in fatto che l'immobile non sia capace *di comoda divisione.* Forma elastica, e forse giova che lo sia, perchè non credo che in questa materia sia comportabile una decisione *a priori* e tutto dipenda da circostanze che, in ordine a cose ed a persone, sono infinitamente variabili.

Forzare la natura delle cose a render servigi che non possono prestare, è *un deprezzarne il valore*, userò di una frase che fra i giuristi passa come di buona lega. Onde scrive DALLOZ: « On peut dire d'une manière géné-
« rale que la licitation doit être préférée toutes
« les fois que le partage entraînerait *la dépré-*
« *ciation des parties l'immeuble ou en rendrait*
« *la jouissance onéreuse et difficile* » (*Répertoire*, v° *Succession*, n° 1724; BIOCHE, v° *Partage*; CHABOT, all'articolo 837, Codice Napoleone.

Ecco dunque l'ufficio del giudice. Tentare prima di tutto se è possibile la divisione, che è l'esito più naturale e insieme il più giusto, poco importando la ineguaglianza delle quote, compensabili in conformità dell'articolo 993. L'antico dettato dava principalmente al giudice la facoltà dell'*adjudicatio* (***); ma è d'uopo convenire che la risoluzione era alquanto violenta, spesso gravosa. La vendita assicurata dalle migliori guarentigie; il prezzo che ogni valore rappresenta, equamente distribuito, è quanto di meglio poteva idearsi.

3. *Della università dei mobili sotto l'aspetto della indivisibilità.*

La legge non si occupa che *della indivisibilità degl'immobili.* I mobili sono per natura individui, e prestamente si conguagliano e si compensano fra loro. Nondimeno l'*università di mobili* può presentarsi alla divisione colla stessa difficoltà, e colla stessa, se non con maggiore importanza, dell'immobile *che non può dividersi comodamente.*

Se la eredità constasse principalmente di un grande stabilimento d'industria, male avveduti coloro che preferissero una divisione giudiziale ad un componimento amichevole! Del resto non essendo simili stabilimenti facilmente divisibili, potrebbe trovarsi necessaria la vendita giudiziale che dovrebbe effettuarsi col rito mobiliare, ed anche per *modum unius* e complessivamente, secondo le viste prudenti del giudice che in tutto questo ha un incontrastabile potere discrezionale (articolo 989 del Codice civile).

4. *Delle divisioni dei minori.*

Secondo l'articolo 838 del Codice Napoleone,

(*) « Se gli stabili non potranno comodamente dividersi, *se ne dovrà far la vendita agli incanti* » (articolo 827).

(**) MARCADÉ ciò dice apertamente illustrando l'articolo 827 del Codice Napoleone.

(***) « Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo
« judicio agatur, *et divisio tam difficilis sit ut pene*
« *impossibile esse videatur, potest judex totam con-*
« *demnationem conferre et adjudicare totas res ei* »
(Leg. 55 Dig. fam. erciscc.).

se fra i coeredi « vi sono degl'interdetti o dei « minori di età, anche emancipati, la divisione « deve farsi giudizialmente ». Ad ogni individuo minore avente interesse opposto nella divisione si costituisce un tutore speciale.

Il Codice civile albertino invece nell'articolo 1042 dichiarava: « Potranno farsi le divisioni all'amichevole anche nel caso vi siano « interessati minori o interdetti, ovvero assenti, qualora nei beni di quel stessi fossero « stati immessi dei loro parenti ». Attesa la quale disposizione, l'articolo 1061, ricopiando nel resto l'articolo 838 del Codice Napoleone, conteneva una riserva per la quale la divisione giudiziale non era tenuta necessaria se non quando la divisione non avesse potuto convenirsi e non si fosse celebrata nei modi legittimi.

Il Codice civile italiano è notevole per la parsimonia del suo dettato, per lo studio che facilmente si scorge di evitare le ripetizioni e di mettere ogni cosa a suo posto. L'art. 986 si esprime in modo da comprendere *tutti i coeredi* (*), maggiori o minori, interdetti o liberi. La divisione insomma è come ogni altro giudizio; implica il consenso e la contraddizione; provoca decisioni che s'impongono ai contendenti. Non ha semplicemente il carattere di quei processi ufficiali e tutelari che abbiamo visto di sovente ordinarsi dai legislatori a favore d'interessi preziosi e pericolanti che conveniva proteggere.

Quindi il giudizio di divisione comprende virtualmente tutte le controversie che vi sono relative. Il diritto dell'azione, come il riparto e l'assegnamento delle quote, come le collazioni ed imputazioni che devono operarsi a norma di legge, sono proposte all'autorità giudiziaria, divisate dagli articoli 883, 884 della procedura.

Per tutto questo il presente Capo non detta regole di rito, che pur si trovavano anche nell'ultimo Codice sardo (articoli 1082, 1083, 1084, ecc.). E ciò si attiene al metodo letterario, adottato eziandio nella procedura, di non riprodurre nelle singole istituzioni le disposizioni generali e comuni a tutti i giudizi, le quali si credono statuite con attitudine sufficiente a spandersi su quelle parti del Codice in cui si contengono discipline eccezionali, senza una modificazione espressa delle regole generali. Per questa metodica si spiega come nel presente Capo non s'incontri neppure veruna disposizione che accenni alle rappresentanze di minori ed incapaci; e i coeredi siano considerati puramente in tale loro qualità, senza occuparsi del loro stato personale, regolato da altre leggi.

5. *Della vendita.*

L'articolo 886 con un generale richiamo prescrive i modi e forme delle vendite, colla clausula sottintesa — *quando si fa luogo alla vendita.*

È riflessibile che ove si tratti della vendita di mobili, censi, ecc., siamo rinviati al sistema comune, mentre in materia di stabili si è preferito quello più compendioso che è scritto per le vendite degli immobili pertinenti ai minori.

Le osservazioni che abbiamo fatte a quel titolo ci dispensano da ulteriore esame.

Articolo 887.

La nomina del notaro e la rimessione avanti di esso per le operazioni della divisione può farsi anche dal giudice delegato.

Articolo 888.

Il notaro procede senza assistenza di testimoni alle operazioni suddette nel luogo, giorno, e nell'ora da lui stabiliti, previo semplice avviso da darsi cinque giorni prima ai condividenti e ai creditori intervenuti nel giudizio.

L'intervallo tra l'avviso e il giorno stabilito per comparire davanti il notaro non deve essere minore dei termini stabiliti nei numeri 5° dell'art. 147, e 4° e 5° dell'art. 148, se il luogo in cui è dato l'avviso e quello della comparizione facciano parte di giurisdizioni diverse di tribunali o di corti d'appello.

Se davanti il notaro le parti si facciano assistere dai loro procuratori, gli onorarii sono a carico di esse.

(*) La stessa regola vale pei comproprietarii non coeredi.

Annotazioni.

1. La nomina del notaio *ha luogo soltanto nelle divisioni fra' maggiori*, o pur anche nel concorso di minori ed interdetti? Il dubbio scaturisce dal disposto dell'articolo 988 del Codice civile, nel quale si dice che *se le parti siano tutte in età maggiore e vi consentano*, gl'incanti possono seguire avanti notaio. Ma l'articolo 887 della procedura ha tale latitudine che sembra respingere ogni distinzione. Inoltre, in fatto d'immobili, abbiamo un'altra regola della procedura ugualmente generale. Precisamente nella Sezione richiamata dal nostro articolo 886, capoverso 1°, troviamo all'articolo 825: « L'incanto si apre o davanti « uno dei giudici, o davanti il cancelliere... « o *davanti un notaio nominato nello stesso « decreto* ». In linea d'ermeneutica può notarsi che il Codice di procedura non solo perchè posteriore può avere modificato l'art. 988 del Codice civile, ma che trattandosi di forma, quello di procedura, che è in casa sua e padrone del suo soggetto, deve preferirsi.

Ritengo adunque che in ogni caso sia in facoltà del giudice delegato *nominare un notaio per le operazioni della divisione*, in luogo di altro ufficiale, posto che le parti, concordi, non lo abbiano nominato. A scegliere un notaio non vi dovrebb'essere esitanza in un affare come questo è, il cui oggetto principale si è quello di applicare all'interesse delle parti quelle leggi che sono la materia quotidiana e continua del nobile suo esercizio.

2. *Ma quali sono le operazioni del notaio delle quali si parla in questi due articoli?*

Non dimentichiamo che qui siamo in presenza di due ordini di fatti molto diversi. Si fanno delle vendite quando sia necessario; o semplicemente si opera una divisione quando sia possibile. Le vendite sono regolate dalle leggi loro proprie e già indicate nell'art. 886: il notaio potrà pure dirigerle, e abbiamo avvertito a quali disposizioni egli ne attinga l'autorità. Allora la materia del dividendo si trasforma e diventa prezzo. Anche sul prezzo, in quanto deve assegnarsi in ragione dei rispettivi diritti, vi sono delle operazioni da fare, alle quali il notaio potrà essere delegato; e faccio ben riflettere che quell'autorità di cui il notaio è rivestito in forza dell'articolo 825 per assistere gli incanti, non si estende sino a presiedere le opere della divisione.

È palese che il notaro funziona non come un giudice, ma come un ufficiale pubblico incaricato di predisporre, preparare e, a dir così, organare il progetto della divisione che si sottoporrà a suo tempo al giudice o tribunale avanti cui le parti stanno contraddittoriamente. Così il contenuto dell'art. 886, come dell'887 e dei successivi sino all'articolo 893, riguarda la *materia* della divisione, le trasformazioni che siano necessarie mediante le vendite, i lavori preparatorii del giudice delegato e del notaio, le cui funzioni giova osservare distinte.

3. *Del giudice delegato e del notaro.*

Se la causa della divisione è istaurata avanti il pretore, egli può assistere alle funzioni della divisione, o destinare un notaro. Non può essere negata a lui l'autorità che l'articolo 887 accorda anche ad un giudice delegato.

Se la causa è avanti il tribunale, esso medesimo può nominare un notaio. Ciò era espresso nell'articolo 1087 del Codice di procedura del 1859, e s'intende da sè. Il tribunale può trasferire al notaio le facoltà che stima opportune; esso può riempiere o no, secondo i casi, le funzioni dello stesso giudice delegato. D'ordinario ciò mi sembra meglio inteso: il tribunale delega il giudice che a sua volta delega il notaio, senza deporre per questo la sua funzione, che non può ritenersi interamente esaurita. Secondo la varietà delle circostanze, la missione suddelegata al notaio può essere ristretta a certe operazioni; e il giudice delegato ha pure la facoltà di sorvegliarle.

4. *Introduzione del processo avanti notaro.*

L'articolo 888 comincia dall'esprimere la legittima fiducia che il legislatore ha nella persona autorevole del notaro, dichiarando che esso procede *senza assistenza dei testimonii.*

Il notaio invia un *semplice avviso;* un biglietto, ma per mezzo di persona da lui nominativamente incaricata, in analogia a ciò che si dichiarò nell'articolo 4, benchè non sia il *messo del Comune*, qualità che lo fa dipendere dal conciliatore che si considera come un magistrato municipale. L'incaricato adopera colle norme del detto articolo 4 circa il modo della consegna, e ne fa relazione *quale commesso dallo stesso notaro*, depositando nello studio di lui l'originale.

Ma gl'interessati possono viver lontani, e a tali distanze che il termine di cinque giorni sia insufficiente.

Su questo punto le procedure hanno variato. Nel sistema francese si cita avanti il giudice delegato che rimette le parti al notaio, il quale procede « ai conti che i condividenti « dovessero rendersi alla formazione dello « stato generale dei beni, a quella delle ri-

« spettive porzioni ereditarie, ed alle somministrazioni da farsi a ciascun dei dividenti » (articolo 828 del Codice Napoleone). La procedura francese non indicando nè il modo, nè i termini della citazione (art. 976), si attiene al metodo ordinario. Anche pel Codice sardo del 1859 l'iniziativa era attribuita al notaro che invitava a sè le parti interessate; ma non si era fatto gran caso del termine: *doveva essere almeno di cinque giorni;* poteva essere di più, a suo arbitrio, secondo le circostanze.

Generalmente il giudice delegato non s'incarica di citare le parti: nel nostro sistema l'azione delle parti stesse è quella che si richiede di più. Ma il notaro (giovi il segnario) esercita quivi una funzione che molto si approssima a quella del conciliatore, ma sopra un disegno più vasto; la funzione nobilissima di ordinatore, moderatore e, quand'occorra, di paciere eziandio e conciliatore; in ogni caso, di perito addottrinato e conoscente di tutto l'affare che talvolta assume le proporzioni più rilevanti. Se adunque questo magistrato di occasione, per chiamarlo un momento così, va egli stesso incontro alle parti invitandole, questo atto non è senza una significazione che toglie dal suo carattere e dall'oggetto della sua funzione.

Intanto è una novità la disposizione del capoverso 1° dell'articolo 888.

Il notaro fissa la propria udienza, e *fra l'avviso e il giorno stabilito a comparire* frappone un termine. Sarà di giorni dieci secondo il richiamato n° 5 dell'articolo 147; di giorni venti o venticinque secondo i numeri 4° e 5° dell'articolo 148. Resta a vedersi se il disposto dell'articolo 150, riservato nel detto n° 5 dell'articolo 148, debba pure applicarsi. La risposta negativa mi pare evidente; e ciò perchè le ultime parole dello stesso comma circoscrivono la portata di questo riferimento. Nè difatti può immaginarsi che il notaro possa spingere la sua voce sino al di là dei confini del regno, ed anco oltre i termini d'Europa.

È stata ben maturata questa novità? Non ispetta a me il deciderlo. Si pensi però ad intendere come un notaro, sebbene vestito di autorità delegata, possa *per sè e mediante un semplice avviso*, trasmettere i suoi ordini ad una distanza ed a territorii tanto rimoti da quello nel quale risiede. Potrà egli suddelegare (e sarebbe già il terzo grado della delegazione) qualche notaro o funzionario del luogo per darne poi l'incarico, e quindi un'ulteriore trasmissione di autorità, a persona che notifichi l'avviso? Ecco come li semplificar gli atti non sempre giovi. Più cautamente agirebbe chi commettesse ad un usciere locale la notifica dell'ordinanza del notaio. S'intende la ragione per cui l'*avviso* deve comunicarsi alle parti personalmente. Per altro non vorrei fosse sfuggito al redattore dell'articolo, che qui ci troviamo nel bel mezzo di un giudizio formale, aperto quasi sempre avanti un tribunale, citate le parti interessate, le quali, per non cadere in contumacia, avranno costituito procuratore. Io non so bene se il mandare avviso al procuratore non avesse favorito di più la speditezza dell'affare.

Lasciando di ciò, abbiamo dall'art. 888 (in fine), che stiamo esaminando, che i procuratori possono pure intervenire; ma *qui vult cavere, caveat de proprio;* l'articolo ha fatto onore a questa massima di economia.

Dei non citati o contumaci.

Ma si domanda se il *semplice avviso* debba mandarsi non solo a quelli che sono citati e comparsi, o eziandio ai non citati, ai non comparsi e contumaci?

Quanto ai non citati, la risposta è facile. Un'autorità, qualunque sia, delegata a presiedere alcune parti e funzioni del processo, non può estendere la sua cognizione ad individui che sono fuori del giudizio: tali sarebbero quelli che non furono citati. *Videndum* se i contumaci siano fuori del giudizio.

Il contumace è una parte; una parte che non vuol comparire; che sfugge o la luce o la emozione di un giudizio, come vi piace; ma è tanto una parte esistente che ne subisce le vicende e sente arrivare sino a lui, nascosto, il colpo di una condanna. L'articolo 383 determina il modo onde notificare le *istanze ed ordinanze d'istruttoria* (tale sarebbe questa) allo stesso contumace. Se non che non si vuol ripetere una comunicazione a persona o domicilio; e l'articolo 385 dichiara che la notifica si fa per *affissione* (*).

Ora il notaio che trovò fra i citati dei contumaci, si crederà forse dispensato dall'invitarli? Io non sarei di quest'avviso. Non solo per l'oggetto, ossia per l'importanza gravissima delle materie che vanno a trattarsi, ma altresì per la qualità del giudizio, e finalmente perchè non parmi essere distinzione nell'articolo 888. *Egli deve chiamare i condividenti.* Soltanto parlando dei creditori, la lettera del testo si restringe agli *intervenuti*, e non poteva

(*) Io non troverei irregolare che l'intimazione a comparire potesse eseguirsi in conformità del citato articolo 383.

essere altrimenti. I creditori si presentano a loro grado, ponendosi, per così dire, ostacolo volontario alla prosecuzione del giudizio senza di loro. Sono citati in quanto *sono opponenti*.

Se la parte possa citarsi nella persona del procuratore è una questione che venne fatta sotto l'impero della procedura francese; decisa affermativamente dalla Corte di Tolosa (20 marzo 1849; *Journal des Arrêts*, t. LIX, pag. 589), ma la decisione non piacque (*) (CHAUVEAU, quest. 2506 sex). Piuttosto potrebbe muoversi dubbio presso noi, se dovendo le parti comparse in giudizio eleggor domicilio giusta gli articoli 134 e 159, non si potesse l'avviso del notaro spedire a quei domicilii. Ma sembra troppo imperiosa e, dirò anche, troppo nuova (**) la disposizione dell'art. 888, e non consiglierci a girarvi intorno; ciò potrebbe anche produrre la nullità del giudizio.

Articolo 889.

Il notaro fa processo verbale delle operazioni a lui commesse, il quale deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, giorno e dell'ora, e delle rimessioni ad altri giorni e ore:

2° Il nome e cognome e la residenza del notaro, e la data del decreto o della sentenza portante la delegazione, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziato;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei condividenti e dei creditori intervenuti nel giudizio, e la menzione dell'avviso dato ai medesimi;

4° L'indicazione delle parti intervenute alle operazioni della divisione e di quelle non intervenute.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti e dal notaro.

Annotazioni.

1. Fra le altre condizioni del processo verbale vi ha quella di far menzione delle parti comparse o *non comparse* (n° 4). Si dovrà del pari far menzione dei comparsi che non hanno voluto sottoscrivere il verbale. Ma poco importa alla validità dell'atto. PIGEAU osservava che l'assenso delle parti è tutto in ordine ai contratti; ma rapporto *à les partages judiciaires*, « le notaire étant établi pour constater « même contre le voeu des parties, peut ope- « rer nonobstant le leur refus, et si les parties « ne veulent pas signer, *son attestation suffit* » (*Commentaire*, tom. II, pag. 689).

Certamente il discorso dell'illustre autore intende a significare che alla validità e perfezione del processo verbale, come atto storico e narrazione autentica delle operazioni eseguite, poca importa se le parti comparse non hanno voluto concorrervi colla loro soscrizione. L'attestazione del notaio basta, e il verbale farà piena fede. La soscrizione però non sarebbe cosa indifferente quando si trattasse di stabilire o *una convenzione*, o anche semplicemente *una confessione* fatta da taluna delle parti. E in ciò avrebbe qualcosa d'inesatto il dire di PIGEAU, che il notaro può testimoniare *contre le voeu des parties*.

Il notaro in questa funzione deve principalmente guardarsi come *un ufficiale pubblico*, *delegato dal potere giudiziario*, che mette a profitto la sua perizia ed esperienza degli affari, onde dalle sue ricerche, dai suoi studii, dalle sue conferenze colle parti, e dalle proposte che avrà cura di presentare il meglio che si possa ordinato e compito, dedurre un risultato che è la stessa divisione, condizionata all'approvazione del tribunale. Il processo verbale può anche prendere il carattere di *una convenzione* (che può non meno apparire da altro atto formale ed ugualmente autentico): in effetto però la convenzione è un atto distinto; il processo verbale non potrebbe farne fede se non in quanto fosse sottoscritto dai contraenti. Vero è che il notaro, come il giudice delegato, può, anzi deve narrare ciò che d'importante è passato innanzi a lui, e in questo merita tutta la fede, ma l'atto, considerato sotto l'aspetto di una convenzione, rimarrebbe

(*) Perchè la intimazione doveva esser personale.
(**) Ponderata, anche pei particolari che ha dovuto indicare.

imperfetto mancando della soscrizione delle parti.

2. L'articolo 889 non prescrive che le *generali* del processo verbale; eppure non è facilmente annullabile per qualche omissione che non sia del tutto sostanziale. Ma il verbale sarebbe nullo, non esprimendo con una certa chiarezza la materia delle operazioni, quasi storia senza soggetto.

Articolo 890.

Quando nel corso delle operazioni commesse al notaro sorgano controversie, il notaro ne fa processo verbale separato, e rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria delegante.

Il processo verbale è dal notaro trasmesso, nel termine di giorni due, alla cancelleria dell'autorità giudiziaria.

Annotazioni.

Il processo verbale *viene trasmesso alla cancelleria* entro due giorni. Quanto al processo generale vedi anche il commento dell'articolo 893.

Articolo 891.

Stabiliti dal notaro i prelevamenti e le collazioni da farsi, e la massa da dividersi, si procede alla formazione delle quote a norma dell'articolo 996 del codice civile.

Il perito d'uffizio, nel caso indicato in detto articolo, è nominato dal notaro, che ne riceve il giuramento, e fa risultare della nomina, e del giuramento prestato nel processo verbale.

Il condividente eletto dalle parti, o il perito nominato, procede alla formazione delle quote, e ne presenta relazione al notaro, che la unisce al processo verbale.

Annotazioni.

Dichiara l'articolo 990 del Codice civile, che l'affare viene rimesso o al giudice delegato o al notaro *dopo la stima* o *dopo la vendita, se ha avuto luogo*. Bisogna guardarsi dal confondere la stima di cui si parla in questa legge, con quella divisata nell'articolo 891 della procedura. Il tribunale avanti il quale è portata la causa, ancorchè non si tratti di vendere, ordina di consneto le *stime;* la prima operazione è la perizia e la stima delle cose da dividersi. Dico esser solito, quantunque il tribunale, colla scorta d'inventarii recenti, di stime prossime, e sopratutto concordando le arti sui dati di valore, può prescindere da nuove stime.

Tre ordini di funzionarii concorrono visibilmente in questo grave còmpito. L'autorità giudiziaria superiore e decidente; i periti propriamente detti, e il notaro: al notaro bisogna presentare dei materiali di valore definiti; se vi sono conti pendenti, egli dovrà liquidarli; ciò è nelle sue attribuzioni (art. 990 del Codice civile). Restano a formarsi le quote. Possono formarsi dagli stessi coeredi o da persona di comune fiducia (articolo 996 del Codice civile); ma in due casi tornerà ancora necessaria l'opera dei periti calcolatori: *a)* se le parti non si trovino concordi; *b)* se vi siano minori o interdetti.

L'articolo 861 della procedura ha il più perfetto riferimento al citato art. 996. Il nuovo Codice di procedura attribuisce al notaio quella facoltà di eleggere il perito e di riceverne il giuramento, che innanzi era propria del giudice delegato (art. 1090 del Codice del 1859). È pregio della novella legge di avere accresciuto dignità ed onore alla classe benemerita de' notai; si dev'essere persuasi della loro integrità come della loro perizia, per affidare ad essi i più importanti affari della vita civile; le dimostrazioni del legislatore consolidano una opinione che è la certezza e il riposo di tante famiglie.

Articolo 892.

Compiute le operazioni, le parti, a istanza d'una di esse, sono citate a comparire nello studio del notaro a giorno e ora determinati per assistere alla chiusura del processo verbale, sentirne lettura e sottoscriverlo.

Tra il giorno della citazione e quello stabilito per la comparizione vi deve essere l'intervallo indicato nell'articolo 888.

Annotazioni.

Ora la legge, non contenta del *semplice avviso*, esige la *citazione*. Il notaro risponde ad una istanza di parte, e destina il giorno del suo congresso finale. Eccoci ancora alla questione del termine. Il precedente Codice di procedura sardo si limitava a dire: *le parti saranno citate*. La nuova legislazione sentendo il difetto e, per dir così, l'abbandono di una tale formula, ci rinvia all'articolo 888; e questo risveglia disposizioni, il cui uso od abuso è stato per noi rilevato parlando dell'articolo suddetto. Ma trattandosi di un atto di citazione, il modo della comunicazione è assai più noto che quello di un avviso stragiudiziale.

La somma importanza dell'atto giustifica il rigore. È tanto necessario che la citazione sia regolarmente notificata e il termine corra intero, che vi sarebbe assoluta nullità nella violazione. Nullità, intendiamoci, non già di ogni precedente giuridico, ma solamente del *processo verbale di chiusura* che riassume i processi verbali delle singole sessioni, ma senza confonderli, e lasciandoli, ci spiegheremo così, nella loro individualità sostanziale (*). Nullità che porterebbe l'obbligo di citare i non citati, di citare secondo legge quelli che stati nol fossero; l'udienza dovrebbe ripetersi e rifarsi il processo verbale.

In quel congresso definitivo ben potranno sorgere o tempestose discussioni che costringano ad invocare il magistrato giudicante (articolo 890), o consigli di concordia e di pace, e con essi la convenzione. La convenzione fra maggiori è terminativa; il processo verbale potrà esserne il felice depositario; indi potrà assumer la forma del rogito notarile. Niuna omologazione è necessaria.

Articolo 893.

Il notaro deve dare alle parti interessate gli estratti di tutto o di parte del processo verbale di divisione che gli siano richiesti.

Deve trasmettere entro giorni cinque dalla sottoscrizione, il processo verbale originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria per l'omologazione.

Annotazioni.

Quantunque occorra quasi sempre una serie di processi verbali onde certificare i fatti delle singole sessioni, lo stato definitivo, il risultamento di ogni cosa, la esposizione completa, è còmpito di quello che propriamente si chiama il processo verbale: soggetto dell'articolo 889. Nel n° 1 di quell'articolo trovandosi indicato l'obbligo di mentovare i varii aggiornamenti che hanno avuto luogo, sembrerebbe che *un solo atto*, ossia un solo processo verbale, dovesse contenere tutta la storia delle materie poste, come suol dirsi, sul tappeto, colle contestazioni, difficoltà, oscillazioni, variazioni di cui si è dovuto far registro in ogni sessione. Ma ciò non può stare. Il processo finale ha bisogno di ridurre le cose a quella semplicità colla quale vengono sempre a presentarsi quando si è giunti alla conclusione, senza però nulla pretermettere di ciò che è necessario onde le condizioni della divisione si facciano palesi insieme ai motivi che le produssero. Altrimenti non potrebbe applicarvisi, non contrastanti le parti, la omologazione del tribunale. I verbali secondarii rimangono come allegati e materiali storici, che possono sempre consultarsi.

Gli *estratti*, ossia le copie autentiche, sono rilasciate dallo stesso notaro. Tuttavia l'opera

(*) Per il che, annullato che fosse il processo verbale di chiusura, gli altri rimarrebbero intatti.

del *cancelliere* non può dirsi del tutto abolita, sebbene la nostra legge non parli che del primo, e con senno non abbia lasciata quell'alternativa o concorrenza fra il cancelliere e il notaro, che imbarazza la procedura francese (ivi, articolo 983). Dacchè il processo verbale è stato consegnato alla cancelleria, come si vede pel capoverso del nostro articolo, quella funzione non può appartenere che al solo cancelliere.

Il nostro articolo 893 si riferisce evidentemente al processo verbale definitivo, descritto nell'art. 889. Onde si può chiedere se sarà permesso dare anche l'estratto di quello speciale dedicato a indicare le *controversie* che fanno desistere il notaro dalla continuazione dell'opera sua, aspettando la decisione del tribunale (articolo 880). Ma è chiaro che anche di questo può rilasciarsi copia; tanto più che il giudizio remissivo del notaro può anche venire in sindacato; restando cioè a vedersi se la difficoltà non fosse di quelle che versando nella cerchia delle sue cognizioni, a lui non ispetti il risolvere. Si faccia chiaro coll'esempio. Una delle parti nega *in massima* di dover conferire ciò che le è stato donato (art. 992 del Codice civile), senza addurre ragioni particolari per cui non abbia a conferirlo. Non deve già il notaro, ad ogni capricciosa e strana opposizione, fermarsi, incomodare il tribunale, e frapporre continui indugii al suo lavoro. Ogni cosa deve intendersi *sano modo*. Se la opposizione è risolta da un testo letterale, se non è che elementare, prodotto evidente o della mala fede o della ignoranza, il notaro ne fa annotazione e prosegue.

Articolo 894.

La sentenza di omologazione ordina l'estrazione a sorte delle quote da farsi avanti il notaro, salvo la disposizione dell'ultima parte dell'art. 996 del codice civile.

Il processo verbale d'estrazione è fatto nelle forme stabilite per gli atti ricevuti da notaro, e vale atto di divisione.

Annotazioni.

1. Chi non è contento dei risultati, dedurrà dall'ultimo atto materia per contrastare la *omologazione*. Pervenuto a questo termine, non facilmente il notaio lascerà a mezzo il suo progetto conclusionale; ma incarnando il suo piano, userò questa frase, terrà conto delle proposte, le registrerà fedelmente nel processo verbale, ed esporrà anche i motivi per cui egli opina diversamente, appunto come fa il perito che emette pareri nella sfera delle proprie cognizioni. Non crederei però potersi fissare una regola *a priori:* può presentarsi in realtà controversia tale per cui sia d'uopo tenersi al precetto dell'articolo 890.

2. *Della citazione che deve precedere il giudizio dell'omologazione. Soscrizione del processo verbale. Sua importanza.*

Se non vi ha sospensione, sono già aperte le porte per chiedere l'omologazione da una parte, mentre dall'altra o si citerà perchè siano ammessi i diritti ai quali non si è fatta ragione, o se ne formerà subbietto di eccezione nel giudizio stesso di omologazione. Si dovrà adunque citare; e la citazione potrà venire da una o anche da più parti, secondo la piega dei rispettivi interessi. Questo passaggio fu tracciato, sebbene imperfettamente, da qualche altra legge; la nostra tace. L'articolo 1093 dell'ultimo Codice sardo diceva: « Il notaio depositerà entro cinque giorni il verbale originale alla segreteria per l'omologazione del tribunale, *il quale provvederà, ad istanza della parte più diligente, sulla relazione del giudice commesso, presenti le parti* o *citate* ».

Ma che s'intendeva con quello = *parti presenti?* — Forse le parti che avevano firmato il processo verbale?

Questo concetto pareva difatti emergere dal modo di esprimersi dell'articolo 981 francese: « ... Le tribunal homologuéra le partage, s'il a lieu, *les parties présentes ou appelées, si toutes n'ont pas comparu à la clôture du procès verbal...* ». Non era difficile a persuadersi che, nella mente del legislatore, i firmatarii del processo verbale dovessero appunto considerarsi come presenti. Di questi credenti fu il DELAPORTE (tom. II, pag. 270), che stimava essere cosa inutile di citare i firmatarii che avevano provato col fatto loro di approvare il processo verbale. Ma da altri si rispondeva, non senza ragione (LEPAGE, *Questions*), che, questo ammesso, non però era inutile citarli; anzi dovevano esser citati. Se uno solo degli interessati non è comparso a sottoscri-

vere il processo verbale, e potendolo per ciò contraddire e impugnarne le conseguenze, ne segue che anche il firmatario è tratto in questione; dove conoscere i mezzi contrarii, ha diritto di combatterli o difendere la propria posizione.

Qui è la evidenza. E si va più oltre. Se tutte le parti sono comparse e hanno firmato il processo verbale, tutte nondimanco denno citarsi da chi domanda l'omologazione; eccetto che non ne risulti fra maggiori una convenzione valida e perfetta; e da quelli in fuori che si presentino spontaneamente.

Due parole dell'una e dell'altra limitazione.

Possiamo ammettere in ipotesi che la soscrizione pura e semplice del verbale importi l'accettazione dei modi di riparto, e delle massime giuridiche esposte dal notaio. Ma siccome la *estrazione delle quote* non si effettua avanti di lui, ma in tribunale, l'atto rimanendo incompiuto, è manifesto che tutti, assenzienti o no, devono essere chiamati.

Quanto al vedere se, sottoscrivere senza protesta nè dichiarazione contraria il verbale, equivalga ad accettarne i principii, invero non passa senza difficoltà. Da molti si ritiene che la soscrizione del processo verbale sia semplicemente il *dar atto* della comunicazione, come si direbbe *un visto senza approvazione;* onde rimane escluso il *fin de non reçevoir:* si può contestare il progetto, si può non convenire in nulla; la soscrizione insomma non costituisce impegno di sorta (*Praticien*, tom. V, pag. 299; CARRÉ, THOMINE, ecc.). Ecco dunque una formalità precisamente inutile. Il processo verbale non è men valido ed efficace se non è sottoscritto dalle parti; sottoscritto dalle parti è come non lo fosse, perchè le parti non s'impegnano in nulla. Per me la sottoscrizione importa adesione; non precisamente come una confessione giudiziale se l'atto non ne contiene, ma come un riconoscimento e dei fatti che ivi sono posti, e anche *sino a un certo punto* del sistema e delle massime da cui si svolge; e questo è ciò che dà importanza e ragione di esistenza alla formalità della soscrizione. Ho detto *sino a un certo punto.* Due limitazioni ulteriori bisogna metter di costa a questa dottrina. L'una è evidente. Io ho potuto convenire nel disegno della divisione ad una condizione impossibile a non esser sottintesa, in quanto cioè il condividente, attaccando tutto ciò che si è fatto, non mi costringa a modificare, nel mio proprio interesse, lo stesso progetto, valendomi di quei diritti che dovrò invocare in relazione al sistema avversario. La seconda limitazione non è così chiaramente determinata, ma si sente nell'animo. L'accettazione che risulta dalla soscrizione non può ammettersi che in modo ragionevole; la buona fede di una impugnazione non isfuggirà all'occhio esercitato del magistrato: l'errore, la ingiustizia saranno sempre emendabili (*). *Il reclamo contro la formazione delle quote* è di diritto (articolo 997 del Codice civile); ma la soscrizione del verbale è argomento d'accettazione, salvo, ripetiamolo, ingiustizia od errore.

Se pertanto è stabilito che l'interesse di assistere al giudizio di omologazione è in tutti, soscrittori o no del verbale, è palese che niuno può essere omesso senza mettere in pericolo la validità del giudizio.

Non dobbiamo trattenerci sulla questione della *presenza*, ch'ebbe qualche valore imperando la procedura del 1859, e sollevò dei dubbii anche in Francia. Se potesse influire la caduta disposizione dell'articolo 1093 sopra trascritto, i *presenti* e non citandi non sarebbero mai coloro che firmarono il verbale, come alcuno pensò (DELAPORTE, luogo citato); ma *quelli che si presentassero volontariamente*, giusta la facoltà scritta nell'articolo 37 (**).

3. *Delle divisioni che hanno luogo sul prezzo delle vendite.*

Se il patrimonio non potrà esser diviso che in questa forma, e dovrà quindi aver applicazione il disposto dell'articolo 886, è manifesto che un processo al tutto diverso si viene spiegando; altri incidenti, altre fasi hanno luogo prima che la materia del dividendo sia adunata e si offra alla opportuna elaborazione. Vi possono esser opposizioni di creditori sulla distribuzione del prezzo dei mobili: l'esame di tali diritti ha legittima preferenza; il prezzo

(*) Il tema è delicato; questioni che non si risolvono bene che nell'atto pratico, *potius facti quam juris*, direbbe il principe dei forensi. Questo accenno mi valga per un'altra osservazione, non so se sottile, ma certamente vera. Il CHAUVEAU, che non sembra persuaso della dottrina, da noi pure rifiutata, ci darebbe un'altra soluzione. Egli si fonderebbe piuttosto sull'art. 888 del Codice Napoleone, che accorda l'*azione di rescissione* contro ogni atto divisionale in qualunque modo qualificato anche di *transazione*. Ma con ciò si suppone che il processo verbale contenga un vero e compiuto atto di divisione equivalente ad un contratto. Non si può arrivare sin là. Dal sostenere che la soscrizione non ha il menomo effetto approbatorio, che tutto ciò che è stato fatto o proposto, debba considerarsi estraneo e quasi non avvenuto; al non potersi opporre qualche ragionevole rimarco, e proporre correzioni o riforme, vi è tale distanza, che solo, come dissi, può essere compresa sul terreno della questione.

(**) Che debbe dirsi dei contumaci, ossia di quelli che sino a questo punto non risposero a veruna citazione, *V.* l'articolo seguente.

da dividersi è quello che rimane, *solutis creditoribus*. Quanto agli immobili non si ha che rivolgere anche una volta lo sguardo all'articolo 886. Abbiamo visto a suo luogo la differenza che passa fra il processo che riguarda *la vendita dei beni immobili dei minori*, al quale siamo ricondotti, da quello comune alle vendite giudiziali coatte (articolo 659 e seg.). Quella vendita d'immobili che si eseguisce onde effettuare più comodamente la divisione rimpetto ai terzi, *si reputa volontaria*, malgrado le circostanze imperiose da cui dipende. Difatti *è sempre volontaria la vendita che uno fa della cosa propria*, qualunque sia la urgenza delle cause che a ciò lo spingono. Da questo discende che i creditori ipotecarii non sono costretti a ricevere innanzi tempo la dimissione dei loro crediti; che bene espresse le condizioni della vendita nel bando, il compratore può anche scontare il prezzo accollandosi debiti iscritti, pagare il di più, e l'avanzo formerà la materia divisibile (*).

La operazione della vendita degli immobili è sì importante, che gli agenti della divisione dovranno ben aspettarne l'esito. Quando avremo un prezzo definitivo, da aggiungere agli altri valori se ce ne siano, comincierà l'opera fruttifera del notaio, partendo dal sistema dell'articolo 888, ed osservando tutto ciò che si dispone in questo Capo IV, che è perfettamente applicabile.

Articolo 895.

Le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizii di divisione non sono soggette a opposizione, e non è applicabile a questi giudizii la disposizione del capoverso dell'art. 382.

Annotazioni.

I condividenti che, citati, non compariscono, possono esser condannati in contumacia, ossia possono sentirsi imporre quote che non accetterebbero volontieri, e contro la quale assegnazione domani interporranno appello. Ma non godono del beneficio o diritto della *opposizione* (articolo 474); ed ancorchè *non citati in persona propria*, la citazione non si rinnova.

La contumacia è quello stato del litigante che viene statuito sulla citazione fondamentale; e rapporto a quella è dichiarata. Nelle cause di tribunale la legge dichiara il modo della comparizione; cioè per mezzo di procuratore. Il rispondere o il non rispondere che si faccia all'invito del notaio non determina nè esclude la contumacia. Se il citato è comparso sulla citazione principale, può a suo grado intervenire o di persona o per mezzo del procuratore nei congressi che si fanno nello studio del notaio, o così negli atti successivi; ovvero può non intervenire: ciò è nel suo diritto. Aggiungo che, presentandosi al congresso del notaio non purga perciò la sua contumacia giudiziale; fenomeno di cui bisogna tener conto. Questo processo notarile è veramente qualche cosa che frammezza il giudizio e la privata conferenza; ma tiene assai a quest'ultima, e ognuno, dirò così, viene a trattarvi i proprii affari come in famiglia. Chi non si presenta *non deest judicio, nec decreto prætoris non obtemperare dicitur;* e chi interviene, può fare benissimo il proprio interesse, deducendo al notaio le sue ragioni; ma non fa tutto quello che è necessario per attestare *la sua presenza in giudizio*.

Esaminando l'articolo 888, si è stabilito che il notaio deve mandare il suo avviso eziandio al contumaci; ma abbiamo creduto potersi eseguire per via di affissione. Nella stessa guisa verranno notificandosi altre istanze o ordinanze d'istruzione; la citazione pel giudizio di omologazione. La sentenza sarà notificata ai termini del suddetto articolo 385.

(*) Benchè la forma della vendita sia giudiziale, procede però *ex contractu*; secondo le spiegazioni proposto nella materia *della vendita degli immobili dei minori*.

CAPO V.

DEL CURATORE ALL'EREDITÀ GIACENTE

Articolo 896.

La pubblicazione del decreto di nomina del curatore all'eredità giacente, di cui nell'articolo 981 del codice civile, deve farsi nel termine stabilito nello stesso decreto.

Copia del decreto deve a cura del cancelliere notificarsi personalmente al curatore nominato, e affiggersi alla porta esterna della pretura nel termine stabilito nel decreto medesimo.

Annotazioni.

1. « Quando l'erede non sia noto, o gli eredi « testamentarii o legittimi abbiano rinunziato, « la eredità si reputa giacente, e si provvede « all'amministrazione o conservazione dei beni « ereditarii per mezzo di un curatore » (articolo 980 del Codice civile).

Eredità *giacente* non è eredità *vacante* (*); non è neppure la *successione* dello Stato per difetto di parenti e di successibili: ne siamo ben lontani: potrebb'esserne il prodromo; ma troppo manca a verificarne le condizioni. Anzi, come ora vedremo, lo Stato non deve ingerirsene.

2. Notevole cangiamento portato dalla legislazione italiana, egli è questo: che l'avvocato fiscale, come chiamavasi nel Codice civile albertino (articolo 1034), o il pubblico Ministero, stile francese, non può farne la domanda. La ingerenza dello Stato, non essendo del tutto disinteressata è abolita; la legge anteriore si è temperata in favore della libertà. La facoltà è passata all'uffizio spontaneo del pretore di mandamento; è un sistema di protezione che ci rende più tranquilli. Ma c'è anche la istanza, e sarà il caso più frequente, *delle persone interessate*. Persone interessate sono i creditori: i donatarii, i legatarii, che non aspirano al complesso ereditario, perchè in tal caso dovrebbero agire altrimenti; dovrebbero chiedere la immissione; e allora l'eredità non sarebbe più *giacente*.

La istanza è stragiudiziale; l'interesse deve in qualche modo provarsi, perchè *jus non datur omnibus;* ma basterà ogni tenue segno: l'istante non domanda nulla per sè; il giudice dovrebbe deputare il curatore anche d'ufficio.

Parallela a quell'azione è la domanda dei sigilli; ma facilmente si scorge che la personalità del creditore è in questo caso, a dir così, più accentata; la obbiettiva è più determinata; e la legge esige condizioni (articolo 848, n° 4), che nell'altro caso non richiede. Del resto la sigillazione del mobiliare, ove sia d'uopo, è uno dei doveri del curatore.

3. La istanza è fatta al pretore del mandamento del luogo dell'aperta successione. Ma il decreto del pretore avrà tutta quella latitudine di effetti che suole in simili casi la nomina di un tutore o curatore. In qualunque luogo del regno si trovino beni della successione, il curatore farà l'ufficio suo.

4. *In qual momento si verifichi la giacenza della eredità.*

Pongo in fronte a questa ricerca una particolare epigrafe; poichè colla nuova legge segnatamente, non è priva d'interesse.

Secondo il Codice civile albertino (art. 1034), siciliano (articolo 730), francese (articolo 811), la eredità reputavasi giacente, quando, spirati i termini per far l'inventario e deliberare, non si presentasse alcuno ad accettare la eredità, o l'erede non fosse noto, o gli eredi vi avessero rinunziato. Ora il testo suona così: « Quando « l'erede non sia noto, o gli eredi testamen- « tarii e legittimi abbiano rinunziato, l'eredità « si reputa giacente, e si provvede all'ammi-

(*) « Jacens hæreditas dicitur quæ hæredem nondum habet sed habere speral; vacans vero quæ nec habet nec habere speral » (Faber, in *Cod.*).

« nistrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ».

Pertanto le legislazioni anteriori, dichiarando a quali condizioni potesse un'eredità dirsi giacente, stabilivano eziandio *il tempo* nel quale, *nel maggior numero dei casi*, avrebbe potuto operarsi in conformità di una opinione che non era quella dell'uomo ma della legge che ne aveva espressi i limiti.

Onde si conosca in qual tempo si possa promuovere la domanda del curatore (il che appartiene all'esame della procedura), è d'uopo valutare la importanza della variazione portata dal Codice civile italiano; e a noi deve bastare, senza occuparci delle altre condizioni, o toccandone di volo per far comprendere la nostra idea. Ma si è in obbligo di spiegare la su posta clausola — *nel maggior numero dei casi*. — È facile. Essendovi la rinunzia degli eredi, non occorreva di più. Non si aspettava passaggio di termini: la eredità era dimostrata giacente col fatto della rinuncia (*).

Ma negli altri casi un intervallo era frapposto dalla legge fra l'apertura della successione e la dichiarazione di giacenza. Questo intervallo era misurato dal tempo che occorreva per far gli inventarii e deliberare, un corso cioè di sei mesi (articoli 1014 e 1016 del Codice civile albertino); termine che poteva facilmente ridursi a tre mesi; perchè chi nel primo trimestre non avesse cominciato e anche terminato l'inventario, salvo le proroghe, non avrebbe goduto dell'altro termine a deliberare. A ogni modo, non era lecito ad un creditore, ad un qualunque vantatore di diritti, al fisco, di screditare una eredità col nome di giacente, e di vincolarla ad un'amministrazione giudiziale, senza avere argomenti che facessero credere alla rinunzia o all'abbandono della eredità.

Uno di questi argomenti senza dubbio deve essere il lasso del tempo. L'erede è molto lontano; devono esser giunte sino a lui le notizie opportune. Ancorchè ignori il fatto onde deriva la sua qualità di erede, e non possa affermare il possesso colla forza della sua volontà, il possesso passa *in lui di diritto* (art. 925), e si tratta di privarlo di un possesso quesito quando si nomina un curatore alla eredità giacente (**). E non avremo più regola alcuna per determinare il momento in cui può attuarsi questa grave facoltà? Basterà che un pretore qualunque, colla migliore intenzione del mondo, possa dire: l'erede non mi è noto, non so chi sia, per dare il possesso dei beni al curatore? Non dovrà provar nulla il sedicente interessato che lo eccita a questo passo?

Non avendo le leggi dettato norme da seguire, ciò che può dirsi di meglio si è, che non hanno potuto stabilirsene *a priori*, e che il giudizio del fatto è rimesso al buon criterio del magistrato.

Ciò che *non è noto*, e rimane ignoto per volontaria e supina ignoranza, non può esser radice di azione legittima; non autorizza il magistrato a procedere in caso nel quale, avendo la cognizione che gli manca, non potrebbe procedere. *Se l'erede è noto*, la eredità non può dichiararsi *giacente*. Ma non si dovrà far nulla per procurarsi quella scienza che non si ha? Anche dopo un giorno dalla morte (poichè ora non abbiamo più termine di sospensione scritto nella legge), si potrà dichiarar giacente la successione perchè non si vede alcuno a comparire, e d'altronde non si conosce se ci sia un erede?

Spingo più oltre le mie indagini. Tutte le leggi che attribuiscono un curatore alla eredità giacente, si mutuano questa frase — *se l'erede non è noto*. Come si traduce questa frase, poichè ha bisogno di traduzione? *Se non è noto* che il defunto abbia dei successibili? Ovvero *se non è noto* che qualcuno di questi successibili voglia accettarla? VOET ha detto: *Hæreditas jacens nullius in bonis est* (***); e noi di questo concetto toglieremo solo quanto

(*) La rinunzia degli *eredi di primo grado* o degli eredi istituiti nel testamento, è sufficiente perchè la eredità possa dichiararsi giacente. Così pensano CHABOT, MERLIN, ed altri autori citati nel Nuovo Commentario del Codice civile, GATTANEO e BORDA, Tip. dell'Unione tipografico-editrice torinese (V. anche la sentenza della Corte di Torino dell'11 ottobre 1853, BETTINI, part. II, pag. 718). Sembra dubitarne il DURANTON; altri sono decisamente contrarii. A noi non appartiene risolvere la questione; ma per chi la volesse sapere, la nostra opinione conferma la tesi posta in principio di quest'Annotazione. Basta accennare quella ragione che suole sempre allegarsi in favore di questa opinione, che cioè non si finirebbe mai più se si dovessero interpellare gli ordini dei parenti l'uno dopo l'altro; e le spese sarebbero senza misura.

(**) Non potendosi esaurire il soggetto, qualche proposizione vera nel punto d'applicazione che viene enunciate, potrebbe non esserlo sotto altri rapporti. L'eredità, anche in istato di giacenza, *personam defuncti sustinere existimatur*; onde l'*usucapio*, cominciata nel defunto, continua e trapassa eziandio per mezzo a quello stato d'inerzia una volta che l'erede legittimo si presenti (Leg. *hæres* 22, Dig. de usucap.). È chiaro che qui si parla del possesso materiale e dei comodi che reca, qualunque siano per essere i suoi effetti giuridici.

(***) ... *et ideo* (continua) *rei hæreditariæ furtum non fit*... (In lib. XXIX, tit. II, *Pand.*, n° 1). La sentenza era di Giuliano. Come l'erede che possedendo *pro hærede rem alienam* non aveva l'*actio furti*, malgrado la facoltà della usucapione che gli competeva, vale a dire malgrado l'interesse che vi aveva (Leg. 68, 70 Dig. de furtis); così niuno essendo proprietario delle cose che formano la *eredità giacente*, non era concessa per la sottrazioni l'*actio furti*: tutto questo cessò quando il furto fu perseguitato come reato coll'azione pubblica.

basta per concluderne che nella intima nozione di *eredità giacente* havvi la idea dell'abbandono in cui è lasciata la eredità, o perchè s'ignori di averla, o perchè sapendolo se ne disprezzi l'acquisto. Si crede di sapere che dei successibili ce ne sono; ma non si sa poi se alcuno di essi verrà a raccogliere una eredità, certo non troppo allettante. *È noto l'erede* (cioè chi potrebb'esserlo, poichè la legge non esige di più); ma non è noto s'egli vorrà assumere questa qualità. L'una ignoranza equivale all'altra; e sebbene il testo non lo esprima, nell'uno e nell'altro caso il concetto dell'abbandono è legittimo, deve produrre cioè gli stessi effetti (*).

La opinione del magistrato che lo autorizza a dichiarare giacente un'eredità è, come ogni altra, un'opinione ragionevole, un'opinione giustificabile; e deve avere i suoi legittimi fondamenti. È quindi obbligo suo l'illuminarsi sullo stato delle cose. E per ciò fare verrà adoperando, come si suole per assicurarsi dell'assenza di un individuo, col mezzo di pubblicazioni nei giornali, con affissioni nei luoghi opportuni, ecc., onde siano avvisati tutti coloro che possono aver diritto alla successione: e con ciò render attuabile il disposto dell'articolo 980 del Codice civile. Il quale eccitamento abbraccia, come ognun vede, amendue i lati dell'incognita; se vi sia un erede; se essendovi, voglia accettare. Dopo ciò, se niuno risponde, se nulla si muove, noi abbiamo acquistato un grado della cognizione; la *probabilità* che non vi sia persona che voglia accettare la successione; e così dalla ignoranza siamo passati ad uno stato di scienza, usando dei mezzi possibili.

Ma il carattere stesso negativo degli argomenti mostra che non vi è nulla di definito in questa posizione di cose. I successibili di ordine inferiore potranno a loro volta comparire per reclamare l'eredità; ma dovranno escludere con prove diretto il concorso di coloro che avrebbero un grado prevalente, e stabilire in modo positivo il loro diritto.

5. Il nostro articolo 896 parte dal punto in cui ci lascia l'articolo 981 del Codice civile. Non si occupa che della *pubblicazione* del decreto. Le modalità si raccolgono dalla combinazione dei citati due articoli. Tutto questo non esclude le pubblicazioni che devono precedere lo stesso decreto, e fornirgliene il giusto motivo.

Articolo 897.

Il curatore nominato deve, prima di ingerirsi nell'amministrazione, prestare giuramento davanti il pretore di custodire fedelmente i beni dell'eredità, di renderne conto sempre che ne sia richiesto, e di amministrare da buon padre di famiglia.

Il cancelliere fa processo verbale del giuramento, che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, mese e giorno;

2° La data del decreto di nomina del curatore;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dello stesso curatore.

Il processo verbale è sottoscritto dal curatore, dal pretore, e dal cancelliere, e unito al decreto di nomina.

Articolo 898.

Nei trenta giorni successivi alla formazione dell'inventario, il curatore deve promuovere la vendita dei mobili secondo le norme stabilite nel capo III di questo titolo.

Se occorra la vendita di beni immobili, di censi o rendite, si osservano egualmente le disposizioni del detto capo.

(*) Chi non sa d'essere erede non *abbandona*, perchè non può avere volontà intorno a ciò che ignora; ma lo professai di sopra di riferire questa idea alle cose stesse, in quanto non sono attratte nel circolo delle proprietà e dei possessi dalla volontà dell'uomo.

Annotazioni.

1. Nel sistema francese è stato possibile supporre l'amministrazione e il maneggio di più curatori, e la *loro concorrenza* (art. 999 del Codice di procedura civile). Questo grave inconveniento era prodotto dalla mala costruzione di quella competenza. Ma il legislatore sardo lo aveva prevenuto, determinando unico competente *il tribunale del luogo dell'aperta successione* (articolo 1097 del Codice del 1859): ora il buon interesse della economia, lo spirito del nuovo sistema che ha dato alla magistratura pretoriale una vera elevazione, ha fatto preferire *il pretore di mandamento del luogo dell'aperta successione.* Avremo dunque, è luogo a sperarlo, un solo curatore alla generalità dei beni. In effetto la questione, se ci fosse, verrebbe a cadere non nella deputazione di più curatori, ugualmente valida, ma sulla ragione stessa della competenza causale. Ed è qui, bisogna confessarlo, che prepondera il pericolo. *Quale fu l'ultimo domicilio del defunto*, o *la sua residenza abituale?* (art. 923 del Codice civile). Più pretori a grandi distanze potranno pretendere a questa giurisdizione; quanto più è ristretta la loro cerchia territoriale, può darsi appicco a questioni di questo genere, da risolversi colle leggi generali *sui conflitti di giurisdizione.*

2. L'articolo 982 del Codice civile espone e prescrive le obbligazioni del curatore; esso riceve il suo complemento nei nostri due articoli 896 e 897. Le disposizioni del § III (Sezione II, Capo III, Titolo II, Libro III) del Codice civile, riguardanti l'inventario, sono applicabili; ammonisce l'articolo 983 del Codice civile. Questo richiamo si attiene certamente al *modo*, anzichè al *tempo*. Per l'articolo 939 (Codice civile) l'erede che si trova nel possesso ha uno spazio di tre mesi, anche prorogabile, per far l'inventario: il curatore dell'eredità giacente non dovrà più presto seguire le disposizioni dell'art. 281 dello stesso Codice civile? Io ne sono fermamente convinto; la sua posizione è quella di un tutore, non quella di un erede, diversa per tanti rapporti. Perchè i tre mesi? È urgente di procedere alla formazione dell'inventario.

3. L'inventario è la base di ogni amministrazione rappresentativa; ma nel caso presente non è soltanto la misura della responsabilità tutoria.

L'*eredità giacente* non è solo un complesso di beni: è una vera eredità, e tale rimane coi suoi caratteri giuridici e coi pesi che la aggravano. Questo ente, comunque impersonale e nelle mani di un curatore, deve rispondere sino alla sua portata economica dei debiti personali e reali del defunto. Obbligo è adunque del curatore di estendere le sue diligenze per tutti i luoghi ove si possano raccogliere attività per far fronte ai debiti; deve adunare in sua mano tutto quanto spettava e fu lasciato dal defunto. Una parola della legge per ricordargli questo suo dovere indeclinabile, dovere di cui dovrà render conto, avrebbe fatto assai bene. Ma insomma l'uffizio suo è questo. L'eredità giacente è un'*eredità beneficiata.* Tostochè il curatore abbia dalla legge facoltà di fare, e ora lo vedremo, egli procede alle vendite o al pagamento dei debiti sino alla concorrenza del valore dei beni.

4. L'articolo 898 suppone l'inventario compiuto; il curatore *nel termine di trenta giorni* (spazio del quale dispone secondo la sua prudenza) passa alla vendita dei mobili. *Promuovere la vendita dei mobili* significa ch'egli ne fa istanza al pretore, secondo l'art. 875; non altrimenti se trattisi della vendita degli immobili.

Articolo 899.

Compiuto l'inventario, e decorsi giorni trenta dalla pubblicazione prescritta nell'articolo 896, il curatore può transigere. A questa transazione è applicabile il disposto dell'articolo 881.

Annotazioni.

1. *Delle facoltà di transigere.*

Il decreto della nomina del curatore si pubblica ancora nei giornali, si affigge alla porta della pretura, si notifica; altro tempo trascorre, e noi acquistiamo una specie di morale certezza che niuno vuol proprio saperne di quell'eredità. Se il curatore ha l'autorità di *transigere*, ciò suppone nel suo punto culminante l'esercizio del diritto (*).

Il curatore non acquista la podestà di tran-

(*) La transazione non può essere giammai in verun caso atto d'amministrazione; o almeno atto necessario,

sigere se non dopo l'adempimento di formalità prescritte e uno scorso di tempo.

Compiuto l'inventario. Allora solo si possiede la cognizione sufficiente; si è compresa l'entità del patrimonio; si sono ricevute le manifestazioni dei creditori, le loro proteste, dovendo l'inventario seguire con quelle forme salutari che gli articoli 866 e seg. additarono.

Decorsi giorni trenta dalla pubblicazione, ecc. Questa pubblicazione precede la formazione dell'inventario. *Formato l'inventario, e nei trenta giorni successivi* (dice l'art. 898) *il curatore deve promuovere la vendita*, ecc. Supponiamo che questa operazione sia stata cominciata il giorno dopo la pubblicazione ordinata dall'articolo 896, e condotta a fine in otto giorni. Ebbene nel nono il curatore può procedere alla vendita. Ma non è abilitato *a transigere* se non passati altri ventidue giorni, e così passato il corso di trenta giorni. Sono dunque due termini diversi, quello dell'articolo 898 e quello dell'articolo 899.

2. *Pagati i debiti e purgata l'eredità, a chi devolve l'attività che rimane?*

L'attività rimanente, che costa poco ad immaginare cospicua, forma per se stessa una brillante eredità senza debiti. Continua ad essere *eredità giacente* a disposizione di eredi che verranno a reclamarla: e mancando eredi di ogni maniera, sarà raccolta dallo Stato.

3. *Se il decreto che nomina il curatore all'eredità giacente sia appellabile.*

Secondo il mio modo di vedere, questo decreto non ha carattere propriamente giudiziario, e piuttosto appartiene all'ordine amministrativo, che nell'odierno sistema è così largamente partecipato ai pretori. Difatti si pronunzia eziandio senza istanza di parte e d'ufficio. Ecco dunque un atto che non è una sentenza, che non decide diritti, che, nella intenzione almeno, è tutelare di ogni diritto. Chi potrebbe appellare? chi vorrebbe appellare?

Da qualche dottrina (e in questa materia le dottrine sono assai scarse), da qualche decisione francese si potrebbe togliere argomento a ritenere che quel decreto è suscettibile di appello. Pendente un giudizio promosso da eredi condizionali, il tribunale nominava un curatore all'eredità giacente. Propostosi da Carré il quesito, egli rispose che il decreto doveva considerarsi interlocutorio (non preparatorio), e quindi appellabile, poichè per esso era arrecato non lieve pregiudizio agli eredi (quest. 3244, Corte di Torino, 13 aprile 1807). Siamo d'accordo. Ma come si vede dalla fattispecie, trattavasi di un interlocutorio pronunciato in pendenza di un giudizio principale.

Tornando al quesito nostro, a noi pare invece che il decreto sia capace di *reclamo*, secondo l'articolo 782.

Potrebbe anche sfuggirsi il reclamo da chi muovesse regolarmente la *petitio hæreditatis* avanti il magistrato competente; finalmente lo stesso giudice, non essendoci di mezzo questioni, potrebbe dichiarare risoluto il proprio decreto e all'erede che giustifica coi documenti la propria qualità, permettere il possesso dei beni.

CAPO VI.

DELLA SEPARAZIONE DEI BENI MOBILI DEL DEFUNTO DA QUELLI DELL'EREDE

Articolo 900.

La domanda di separazione dei beni mobili, di cui nell'articolo 2059 del codice civile, si propone contro l'erede o altro rappresentante legittimo dell'eredità, davanti il pretore del mandamento in cui si aprì la successione, se il valore dei

come talvolta la vendita degli stessi immobili, per soddisfare ai debiti urgenti. La volontà, arbitrante sui propri e sugli altrui diritti, vi è sempre autonoma.

Digitized by Google

mobili non ecceda lire mille cinquecento, e, se ecceda, davanti il tribunale civile con citazione in via sommaria.

Articolo 901.

L'autorità giudiziaria, che pronunzia la separazione, ordina l'inventario dei beni mobili se non sia ancora fatto, e dà i provvedimenti necessarii per la loro conservazione.

Annotazioni.

1. **Nozioni generali.** — « La separazione « dei patrimonii è un benefizio legnlo, in virtù « del quale ogni creditore di una successione « ed ogni legatario, ndempiendo a date con- « dizioni, è antorizzato a far cessare la confu- « sione giuridica del patrimonio del defunto « con qnello dell'erede, a fine di sottrarsi al « pregiudizio che tale confusione nvrebbe po- « tuto occasionargli » (ZACHARIA, edizione di Napoli, 1851).

Qnesto teorema giuridico è noto ed anche molto antico. Nel titolo del Digesto *de separationibus* (lib. XLII, tit. VII), e massime in qnel vasto frammento di Ulpiano, che ne forma la prima legge, la dottrina *della separazione* è largamente tratteggiata; i moderni non hanno fatto che riassumerlo con una brevità cho fa sentire il bisogno di ricorrere alla scienza ogni volta che si tratti di applicarne i principii (*). È dovuto al Codice civile italiano uno sviluppo più conveniente nnche dal lato pratico. Non si era mai detto così chiaramente nei Codici che « la separazione ha per oggetto il soddisfaci- « mento, col patrimonio del defunto, dei cre- « ditori di lui e dei legatarii che l'hanno do- « mandata, preferibilmente ai creditori del- « l'erede » (articolo 2053). Sono regolamenti dei quali era sentita la necessità quelli che vengono stanziati nei successivi articoli, alcuni dei quali contengono norme di procedura. « Il « diritto alla separazione non può esercitarsi « che nel termine perentorio di tre mesi dal « giorno dell'aperta successione » (nrt. 2057). « Il diritto alla scpnrazione riguardo ai mobili « si esercita col farne la domanda giudiziale » (articolo 2059). L'articolo 2060 riguarda la forma della iscrizione che può prendersi sugli immobili della eredità. Poi l'articolo 2061: « Rigunrdo ai mobili già alienati dall'erede, il « diritto alla separazione comprende soltanto « il prezzo non nncorn pagato ».

Noi dobbiamo trascorrere assai rapidamente su qucsto titolo, che è largn materin ngli illustratori del Codice civile ma per noi si limita ni due hrevi ordinamenti cho qui vediamo. Restringiamoci al nostro tema.

2. *Dei modi coi quali si effettua la separazione.*

Checchè fosse in altre pratiche e in altri tempi, la *separazione dei patrimonii* non si effettun *ipso jure*: è nn diritto che, dopo un certo tempo, non è più esercibile (nrt. 2057 del Codice civile), e si esercita in vario modo. *La separazione dei mobili si domanda con citazione*; quella degli immobili si fa *mediante iscrizione*. L'ipoteca è snpremamente separatista; la sua liuea di demnrcazionc è scolpita nel hronzo; l'articolo 2060 ingiunge tali dichiarazioni, e così opportune, che l'effetto che si ha in vista, è nel miglior modo possibile ottenuto. « La iscrizione si eseguisce nei « modi determinati dall'art. 1987, nggiungen- « dovi *il nome del defunto*, *quello dell'erede* « *se è conosciuto* (**), *e la dichiarazione che* « *viene presa a titolo di separazione dei due* « *patrimonii* ».

3. *Identificazione dei mobili.*

Quella dei mobili è pure una separazione ideale, poichè non si tolgono in effetto i mobili dnlle mani e dall'uso che gli eredi hanno diritto di farne per metterli nel fondo di qualche magazzeno in aspettazione di un giudizio che decida della loro sorte. Si deve poter dedurre da un esatto inventario e descrizione dei mobili quali individui appartengano alla eredità e quali no; si deve accertare sufficientemente la loro esistenza e identità; onde, al bisogno, i creditori del defunto che si trovino in concorso coi creditori dell'erede, abbiano il mezzo di far valere il loro privilegio. A qnesto bisogno risponde e provvede il nostro articolo 901, attesochè *l'autorità giudiziaria ordina l'inven-*

(*) Codice Napoleone, articoli 878, 879; Codice siciliano, articoli 798, 799; Codice civile albertino, articoli 1100, 1101, 1102, 1103. Già il concetto cominciava per dir così, ad estrinsecarsi nel Codice civile albertino.

(**) Ciò è degno di rimarco. L'azione ipotecaria non potrà effettivamente esercitarsi se non in confronto dell'erede o di un rappresentante dell'eredità, fosse pure il curatore della eredità giacente; ma la iscrizione, atto cautatario, non ha bisogno che del nome del defunto. Solamente la *notorietà* della esistenza di un erede, può mettere in pericolo la validità della iscrizione.

tario dei beni mobili se non fosse ancor fatto (*). Se l'inventario è fatto, se è esatto e recente, ci terremo a quello (per causa di economia). Poi nella sentenza stessa, o in allegato ad essa assolutamente congiunto, saranno trasportate quelle parti dell'inventario che descrivono i mobili ereditarii, quei mobili sui quali o sul prezzo dei quali i creditori ereditarii avranno la preferenza.

4. Dei provvedimenti per la conservazione dei mobili, secondo l'articolo 901.

Insistendo alquanto *sull'argomento dei mobili e dei beni mobili*, noi facciamo qui una ricerca praticamente interessante.

Fra i requisiti necessarii all'esercizio efficace del suddetto privilegio, havvi questo, che, in altre parole può dirsi la materia del diritto, *che il mobile sia nelle mani del debitore*, o *il prezzo non sia ancora distribuito*. Mi giovo di un passo acconcio del DURANTON: « Bien mieux « le droit de créditeur ne peut être exercé « même pendant les trois ans (articolo 880 del « Codice Napoleone) *qu'autant que les meubles « sont encore dans la main de l'héritier*; puisque « d'après l'article 880 c'est en général une « condition requise pour qu'il puisse exercer « à l'égard des immeubles eux-mêmes (**). En « principe les meubles n'ont pas de suite, « même par droit de propriété, *parceque, en « fait de meubles, la possession vaut titre* (ar- « ticolo 2270) (***), et il n'en ont jamais par « simple droit d'hypotèque » (*Des successions*, n° 483).

Che gioverebbe pertanto al creditore della eredità la più bella e nitida descrizione di quei mobili, se alienati dal loro proprietario, acquistati in buona fede dai terzi, non fosse lecito rivendicarli dalle loro mani?

La nostra legislazione giudiziaria ha fatto un passo avanti sulle precedenti, che non hanno il menomo riscontro a questo subbietto; e la procedura è venuta come in sussidio dei creditori onde la loro diligenza per cautelarsi non torni in certo modo illusoria.

Come le altre legislazioni, non si contenta di una enumerazione e descrizione dei mobili (che del resto non possono tenersi lungo tempo sotto i sigilli, come i vini preziosi); ma pensa eziandio alla loro conservazione e custodia. « L'autorità giudiziaria, dice l'articolo 901, *dà « i provvedimenti necessarii alla loro conser- « vazione* ». Il perspicace redattore, conoscendo che lo svanire dei mobili farebbe andar all'aria il privilegio, volle che al giudice fosse attribuita una facoltà tanto più riflessibile in quanto non si vede ristretta da veruna condizione.

Ma l'autorità giudiziaria potrà forse usarne in un modo qualunque, ad arbitrio; o dovrà essere guidata da criterii giuridici? Ogni creditore che insiste *per la separazione* ha eguale diritto a provocare misure conservatorie? Quando, e come saranno possibili? Quali saranno queste misure conservatorie? È una legge nuova, che si compone di una sola frase molto generica, e non ci porge il menomo aiuto per bene intenderla e applicarla.

La legge sembra sfuggire dai limiti che le impone la scienza, e lascia al magistrato l'ardua cura di distinguerli. Vuolsi in prima sapere *se l'erede possa mai nulla alienare dei beni mobili del patrimonio del defunto dopo la separazione*. Se l'erede è colpito d'indisponibilità, allora s'intende che il giudice potrà mettere sotto custodia e sequestro tutti i beni mobili, pel fatto puro e semplice dell'accordata separazione dei patrimonii.

A tale conclusione però si contrappone un primo e potentissimo argomento.

Il benefizio della separazione dei patrimonii è dato a tutti i creditori, a tutti i legatarii senza eccezione. « *I creditori condizionali e a « termine* (dice ZACHARIA) *possono prevaler- « sene al pari di quelli il cui credito sia at- « tualmente esigibile*; i creditori portatori di « atti privati al pari di quelli che siano porta- « tori di atti autentici » (tom. II, § 618, traduzione napoletana). E risponde perfettamente alla dottrina del diritto romano, spiegata da VOET, (titolo de separat., n° 2). Perciò l'azione di separazione è detta *universale*, quasi nell'interesse del corpo dei creditori del defunto anzichè dei singoli individui.

Creditori adunque che solo *in spe*, come i condizionali, potrebbero non esserlo mai in atto; creditori a termine, e quindi non ancora creditori, potranno domandare, *nunc pro tunc*, il sequestro dei beni mobili ereditarii, il che equivale al diritto di farli vendere con deposito del prezzo vincolato ai loro titoli? Prima della istanza di separazione l'erede può disporre dei mobili ereditarii, testimonio l'articolo 2061 del Codice civile: « Riguardo *ai mo- « bili già alienati dall'erede*, il diritto della se- « parazione comprende soltanto il prezzo non « ancora pagato ». Vero è che allora l'erede

(*) Avvertite: non *dei mobili* soltanto, ma *dei beni mobili*, e quindi dei diritti che eravamo soliti di chiamare incorporali, dei crediti, delle azioni, ecc.

(**) Quanto agli immobili parleremo un po' più avanti.

(***) Al quale corrisponde l'articolo 707 del nostro Codice civile collocato in miglior sede.

può dirsi in buona fede; e dopo la istanza di separazione la sua buona fede diverrà assai dubbia. Ma quale ne sarà la conseguenza? Che l'erede diverrà e sarà contato responsabile nei beni suoi proprii dell'importo dei mobili venduti.

Secondo una dottrina, che deriva dalle pure sorgenti del diritto romano (*), la domanda di separazione inchiude la rinuncia al diritto di perseguitare i beni proprii dell'erede; ond'è che qualche volta si fa un cattivo calcolo, e si perde invece di guadagnare. A ogni modo, l'erede risponde del valore alienato coi proprii beni. Ecco l'effetto della separazione quanto ai beni mobili, essendo agli immobili, come ora vedremo, statuite regole correlative. La *separazione* partorisce un fenomeno assai rimarchevole: l'erede, quantunque puro, sarebbe ridotto, a tutto suo vantaggio, alla condizione di erede beneficiato, dato che l'antica teorica, di cui diedi or ora un cenno, e che potrai vedere in VOET e in tutti gli interpreti più dogmatici, regga ancora in confronto del diritto moderno: approfondire il quale argomento spetta agli illustratori del Codice civile. Nello stato ordinario delle cose, i creditori e i legatarii che non hanno titoli prontamente eseguibili denno tenersi paghi a quest'azione.

Ed eccoci rientrati nella disposizione dell'articolo 901.

Si ordina l'*inventario dei beni mobili* (se non fu fatto): il giudice *dà i provvedimenti necessarii per la loro conservazione*. L'erede può trovarsi in condizioni economiche per le quali possa bastare la dichiarazione ch'egli sottoporrà all'inventario, di riconoscere quei beni come pertinenti alla eredità, e di rispondere del valore verso i creditori del defunto. Ma dipende dalle circostanze. Se la massa dei debiti, in confronto dell'asse ereditario, faccia concepire serii timori; o si presentino titoli di crediti scaduti, legati che devono senza indugio soddisfarsi; in una parola, il giudice, *causa cognita*, persuaso che si versi in contingenze che reclamano i provvedimenti conservatorii che la legge lascia in facoltà sua, egli può usarne, egli deve usarne; destinare dei custodi, ed anche ordinare la vendita dei mobili a soddisfazione dei creditori.

Ciò diciamo non solo dei mobili, ma eziandio delle azioni e dei crediti che vengono in questa categoria.

Il giudizio di separazione si fa in confronto dell'erede; ma si deve avvertire che i creditori di lui hanno diritto d'intervento, diritto di opposizione, onde la separazione non si faccia in frode e con loro danno (DURANTON, *Des successions*, n° 504).

5. *Degl'immobili.*

Qui il discorso non sarà lungo. L'art. 2060 del Codice civile ci spiega il modo con cui si esercita la separazione rispetto agli immobili. « Lo stesso diritto riguardo agli immobili si « esercita *mediante l'iscrizione del credito* o *del* « *legato* sopra ciascuno degli immobili stessi « presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in « cui sono situati ». E prosegue il detto articolo insegnando la forma. Poi nell'art. 2062 si mette in tutto il suo rilievo l'efficacia di questa iscrizione. « Le ipoteche iscritte sugli immo« bili dell'eredità a favore dei creditori del« l'erede e le alienazioni anche trascritte degli « immobili stessi *non pregiudicano in alcun* « *modo ai diritti dei creditori del defunto e dei* « *legatarii*, che ottennero la separazione nel« l'anzidetto termine di tre mesi ».

Quantunque alienato l'immobile, e semprechè non sia decorso il termine, il diritto può iscriversi; è noto che nel Codice Napoleone era disposto altrimenti (articolo 880). Il privilegio dell'erede del defunto primeggiando i diritti dei creditori dell'erede o alienatarii, non ha quindi per condizione che l'immobile si trovi ancora in mano dell'erede.

Si dubitò altre volte se fosse d'uopo far precedere alla iscrizione una domanda giudiziale di separazione. L'opinione già professata da MERLIN e da CHABOT fu con tutto senno respinta dal DURANTON (*Des successions*, n° 488). Il nostro articolo 2060 ha una diziono potente ad escludere persino il dubbio. *La separazione si esercita* MEDIANTE *la iscrizione*, mentre in ordine ai mobili diceva che deve farsi la *domanda giudiziale*.

(*) Leg. 1 Dig. de separation.: « Item sciendum est, « vulgo placere, creditores quidem hæredis, si quæ su« persint ex bonis testatoris, posse habere in suum de« bitum; *creditores vero testatoris ex bonis hæredis* « *nihil* ». E seguitando, ULPIANO ne dà la ragione.

TITOLO IX.

DELL'OFFERTA DI PAGAMENTO E DEL DEPOSITO

Articolo 902.

Le offerte reali si fanno col mezzo di notaro, o di usciere, o del cancelliere della pretura.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — Noi non abbiamo a parlare che dell'*offerta reale* e dentro i limiti della procedura, cioè per quanto è la forma. L'*offerta reale* ha la sua radicale sistemazione nel Codice civile (articoli 2159 e seg.). « Quando « il creditore *ricusa di ricevere il pagamento*, « il debitore può ottenere la sua liberazione « mediante l'offerta reale e il susseguente de- « posito della cosa dovuta ». L'offerta reale *habet vim solutionis;* imperocchè *pro soluto id quod creditor accipiendo moram fecit, oportet esse* (Leg. 72 Dig. de solution.). Il debitore ha fatto quel che poteva. Se il creditore non accetta, non vi ha pagamento neppure ad eseguito deposito; ma non si guarda che all'effetto, la *liberazione del debitore.* Anzi può bene accadere che il pagamento non si verifichi punto, supponendo che la somma, appresso regolare deposito, vada dispersa. Allora il sottile ingegno dei giureconsulti romani suggerì la eccezione *doli mali.* « Qui decem « debet, si ea obtulerit creditori, et ille *sine* « *justa causa* ea accipere recusavit, deinde ea « debitor sine sua culpa perdiderit, doli mali « exceptione potest se tueri, *quamquam ali-* « *quando interpellatus non solverit*; etenim « non est æquum teneri pecunia amissa, quia « non teneretur si creditor accipere voluisset » (Leg. 72, suddetta).

Ho riportato questo frammento per mettere in rilievo le due obbiezioni che contiene, la prima delle quali è risolta a favore del creditore, la seconda contro di lui. Il creditore può avere delle ragioni per non ricevere il pagamento; può eziandio ripudiare la qualità di creditore che in suo danno gli viene attribuita. Chi si reputa proprietario definitivo può avere *justam causam* di non ricevere il pagamento che gli si offre, se con questo si intende di riscattare il fondo. Se il mutuo non è scaduto, si rifiuta il pagamento della somma capitale, sostenendo che gli interessi abbiano a decorrere tuttavia sino al fine. Perciò il citato articolo 2159 dice semplicemente, il creditore *può liberarsi;* e non ch'egli ottenga sempre questo effetto, molto meno che sforzandosi a pagare, egli eserciti sempre un diritto, o adempia ad una condizione per acquistare dei diritti, come sarebbe quella del riscatto. Queste idee vanno a coordinarsi coll'interessante articolo che viene appresso.

La prefata legge scioglie a favore del debitore una seconda obbiezione che potrebbe farsi. Il debitore più e più volte interpellato anche per le vie giudiziali, *non solvit;* l'offerta reale torna tuttavia efficace, alla condizione però che il debitore sia ancora a tempo di pagare, che non sia colpito da decadenza, che il creditore non abbia spinti gli atti esecutivi al segno che il pagamento fatto a lui non basti a liberare la proprietà oppignorata; nel qual caso potrebbesi ad ogni modo imporre l'offerta reale quando non contenesse incongrue condizioni (*).

2. *Della offerta reale fatta all'udienza.*

Tizio citato a pagare una somma si presenta di persona, o per mezzo di procuratore specialmente autorizzato, e depone sul tavolo del cancelliere la somma colle spese. È valida un'offerta fatta in tal guisa? Essa sarebbe una

(*) Se il debitore ponesse nell'atto di offerta reale la condizione *di liberarsi con ciò dalla esecuzione*, la offerta sarebbe nulla; non così se offrisse puramente e semplicemente la somma del debito. *Sulle condizioni della offerta*, vedi il commento all'articolo seguente.

Digitized by Google

nuova specie non considerata dal Codice di procedura; più comoda, meno dispendiosa, e direi quasi più naturale (*).

Questo modo di offrire il pagamento è approvato dalla giurisprudenza (Cassazione francese, 2 luglio 1835, *Journal Avoués*, t. XLIX, pag. 718; CHAUVEAU in CARRÉ, quest. 2783 bis; TOULLIER, tom. VII, n° 199; Senato di Genova, 2 dicembre 1831, GERVASONI, pag. 420). Sono per altro condizioni indispensabili 1° la presenza del creditore; 2° che il creditore sia capace di esigere e fare quietanza. E difatti, queste due condizioni esistendo, *nel rapporto estrinseco*, null'altro manca all'adempimento delle prescrizioni legali per la validità della offerta (**).

3. *Dell'offerta verbale o labiale.*

La obbiettiva dell'offerta reale è determinata: *liberarsi dalla obbligazione che consiste nel dare.* Le offerte che hanno un'altra ragione di essere, che non mancano pur esse di effetti giuridici, non avendo una funzione così precisa, un carattere così distinto, sfuggono alla sistemazione del Codice, e quasi alla sua memoria.

Chi volesse svolgere il tema delle offerte verbali, quando e come siano munite di efficacia, quando siano possibili, sino a qual punto siano utili, proporre insomma una teoria delle offerte verbali, dedotta più che altro dal fondo stesso della pratica e dal vivo tesoro della giurisprudenza, tenterebbe cosa meritevole e nuova sotto l'aspetto scientifico. Noi costretti a delineare piuttostochè ad approfondire le questioni, e nondimeno oltrepassando il segno da prima prefisso, non faremo che sorvolare sull'argomento.

Intanto ci tarda a stabilire che l'offerta reale non può mai essere supplita nel genere suo dalla verbale, *neppure ricusante il creditore di voler mai ricevere il pagamento* che verbalmente gli si offre. Fu questa una delle più gravi questioni dei vecchio fôro, e della sentenza affermativa furono partigiani BALDO, ANCARANO, RIPA, PACIFICUS (*De salv. interd. Inspect.*, V, c. 1), BARBOSA (in Leg. si mora Dig. solut. matr.), ed altri gravissimi giureconsulti. La contraria, più solida per certo, ma allora meno accreditata, si fondava su queste tre ragioni: 1° Essendo l'offerta verbale essenzialmente invalida a produrre l'effetto del pagamento, il creditore che non se no appaga, agisce in conformità del proprio diritto, e non reca a se stesso alcun pregiudizio. Inoltre, io aggiungo, bisogna lasciare alla risoluzione o affermativa o negativa del creditore tutto quel tempo che è prefisso dalla legge; cioè sino all'*atto* dell'offerta reale; 2° La legge dispone tassativamente e imperativamente, che l'offerta dev'essere reale, susseguita dal deposito (Leg. 19 Cod. de usur.); 3° Un altro testo (il frammento 72 Dig. de solut. sopracitato), secondo la interpretazione del CASTRENSE, dichiara non costituirsi in mora il creditore se non colla offerta reale. E noi senza più seguiamo questa opinione, tenendoci al primo inconcusso fondamento, essendo gli altri due, si può dire, la dimostrazione del primo.

Ma la offerta reale non essendo possibile che di *cose mobili*, la offerta verbale è propria alla consegna degli immobili, *quia lex ad impossibilia non obligat.* La offerta verbale talvolta involve una confessione (e ha per ciò stesso un effetto giuridico); ammissibile se trattisi di cose che non possono presentarsi al momento, per esempio di documenti da consegnarsi, di un conto da esibirsi, di giustificazioni da farsi.

La offerta verbale vale ancora a respingere la mora quando il pagamento non può eseguirsi per fatto della parte contraria. Abbiamo un magnifico testo (Leg. si residuum 5 Cod. de distrah. pign.) applicato dagli interpreti al caso specialmente dei crediti illiquidi, i quali senza il concorso dell'avversario, che ingiustamente si ricusa, non possano accertarsi (***).

La offerta verbale suol farsi quando è incerta la somma, o quando quella chiesta dai contrarii ci sembra esagerata, indebita. Un terzo possessore si *offre pronto* a pagare la somma per cui è molestato, semprechè sia giusta e bene accertata. Formando con ciò un precedente giuridico nella causa a sè dannoso, il giudice ne tiene conto in aggravio, e nello stesso tempo sente il dovere di portare la sua attenzione sulla quantità che si domanda per ridurla al giusto.

E credo di dover chiudere questa breve escursione intesa solo a mostrare che l'offerta

(*) Nelle cause pecuniarie di poca entità, avanti ai conciliatori e pretori, questo modo è anche frequente; se il creditore presente riceve la somma, tutto è finito: la difficoltà sta sempre quando egli ricusi.

(**) « Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non « recte egit, *tamen si offerat in judicio pecuniam*, « debet rem pignoratam, et quod sua interest conse- « qui » (Leg. 9 Dig. de pignor. act., § ult.). BARTOLO, il grande divinatore, trasse a questo senso le parole del testo; ad ogni modo la teoria, per sè ragionevole, della offerta, *coram judice*, venne assicurata (GOTOFREDO in Leg. si ita hæres Dig. de condit. istitut.; JASO in Leg. qui Romæ Dig. de V. O., ecc.).

(***) Secondo un'opinione appoggiata nella Leg. statu liber 5 Dig. de statu lib., si dovrebbe dare una cauzione,

verbale è pure un atto giuridico; ha valore che molto deriva, egli è vero, dalle circostanze; ma nello sviluppo dei giudizi riceve estimazione non rara e non indifferente, massime nelle questioni in cui la buona fede è un elemento notevole a risolverle.

Articolo 903.

L'uffiziale che procede all'offerta ne fa processo verbale, che deve contenere:

1° L'indicazione del giorno, del mese, dell'anno, e del luogo in cui si fa l'offerta;

2° Il nome e cognome dell'uffiziale procedente coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto, o della residenza in cui esercita le funzioni di notaro;

3° Il nome e cognome, la residenza o il domicilio della persona nell'interesse della quale si fa l'offerta, e della persona a cui l'offerta è fatta, indicando se questa sia stata presente all'atto;

4° Il numero e la qualità delle monete, se si offra danaro;

5° La designazione della cosa, se non sia danaro, in modo da impedirne lo scambio;

6° L'indicazione delle condizioni dell'offerta, se sia condizionata;

7° L'atto di notificazione del pignoramento o sequestro, se la cosa offerta vi sia soggetta;

8° La risposta del creditore, la sua accettazione o il suo rifiuto, e le ragioni di questo;

9° Nel caso di accettazione, la menzione del pagamento o della consegna della cosa, la quitanza fatta dal creditore, e, se d'uopo, la menzione della restituzione del titolo di credito;

10° La sottoscrizione del creditore, o la sua dichiarazione in proposito, e la sottoscrizione dell'uffiziale procedente.

Annotazioni.

1. *Luogo dell'offerta* (n° 1).

a) « Il pagamento deve farsi nel luogo fissato nel contratto. Non essendo fissato il luogo, e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto. — Fuori di questi casi, il pagamento si deve fare al domicilio del debitore, salvo ciò che è stabilito nell'articolo 1508 » (*) (art. 1249 del Codice civile).

Questa è la regola generale dei pagamenti spontaneamente accettati (**). Ma nell'articolo 1260, n° 6, una speciale e diversa è statuita alle offerte reali « quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta (la offerta reale) *alla persona del creditore* o *al suo domicilio*, o a quello scelto per la esecuzione del contratto ». In questo caso il creditore è veramente il convenuto, e deve goderne i vantaggi.

b) Il luogo sarà il domicilio dello stesso creditore (***), come spiega il trascritto n° 6 dell'articolo 1260, ove non sia quello determinato dal contratto, *locus solutionis*, che ha sempre la preferenza. Se il creditore non sarà sul luogo per ricevere la consegna, non è imputabile al debitore.

c) Se l'oggetto, certo e determinato nella sua individualità, dev'essere consegnato in un dato luogo, *diverso da quello in cui si trova*, il debitore lo farà trasportare colà (****); ed essendo quel luogo stabilito alla esecuzione del contratto, ciò deve tenersi compreso nella generalità dell'articolo 2160, n° 6.

(*) Relativo al pagamento del prezzo della vendita.

(**) Il debitore deve tener pronta al giorno della scadenza la somma in casa propria; il creditore manda a ritirarla, porgendo quietanza: se la somma non si trovasse pronta, il debitore sarebbe in mora. Dopo quel giorno, per liberarsi dalla mora, o per avere un categorico rifiuto, il debitore dovrà inviare la somma a casa del creditore.

(***) Per domicilio intendi *la residenza* del creditore, colle gradazioni dell'articolo 139.

(****) Si è venduto un quadro che dovrà essere consegnato alla quadreria del signor N. N., compratore.

L'art. 1266 si occupa di un caso che sfugge alla regola comune. È un corpo determinato, e *dev'esser consegnato nel luogo in cui si trova.* Intendiamoci. Non nel luogo ove si trova a capriccio o volontà del debitore; ma essendo pur questo *locus solutionis*, è stanziato dal contratto. Ho venduto un quadro della mia pinacoteca, io debbo consegnarlo, ma nella mia stessa pinacoteca. Io non debbo trasportarlo in verun luogo; io non devo andar cercando il compratore; egli deve venir da me in casa mia. È un fatto a cui io non lo posso costringere: solo io debbo star pronto per la consegna. La mia intimazione è semplicemente di trasportarlo. E s'egli non viene o non invia persona autorizzata a prenderne la consegna e *trasportare il quadro* (s'intende da casa mia), io posso chiedere al giudice *la permissione di depositarlo in altro luogo.*

d) Se nel luogo convenuto il creditore non ha eletto domicilio, onde io non posso consegnare la somma o la cosa, pensa TOULLIER che debba esser citato avanti il suo giudice naturale onde procedere alla elezione del domicilio, altrimenti possa farsi immediatamente il deposito. Altri mettono avanti spedienti diversi (DELVINCOURT, tom. II, pag. 129, nota 3; BIOCHE e GOVIET, *Offres réelles*, n° 45; DURANTON, tom. XII, n° 211). Io fermamente credo, prescindendo da altre opinioni anche meno solide, che il debitore, verificato che il creditore non ha eletto domicilio nel luogo del pagamento (il che devo da lui provarsi) possa valersi del diritto di fare la offerta al domicilio reale del creditore (*).

Fu avvisato nel *Commentario al Codice sardo del* 1854 (vol. V, part. II, n° 34) l'equivoco che può nascere da quella diziono poco schiarita della legge alla *persona* o *domicilio*, quasichè, como può farsi di una citazione che si consegna anche *in mani proprie della persona*, secondo la frase famigliare al nostro Codice, così possa esibirsi alla stessa persona rinvenuta fuori del suo domicilio la cosa che ha diritto di avere, malgrado potesse tornargli assai incomodo il riceverla: se fosse, per grazia d'esempio, costituita di una greggia di buoi o di pecore che non si potesse comodamente allogare. Ma è questo un equivoco, oppure la legge permette di offrire la cosa dovuta alla persona direttamente, anche fuori del suo domicilio? *Hoc est videndum.* Se la cosa avesse l'aspetto di una commedia o di voler forzare il creditore, e non fosse senza uno scopo malligno, io credo bene che l'offerta potrebbe anche aversi come non fatta. Ma se trattasi di una somma di danaro, perchè non potrà esibirsi al creditore in un luogo qualunque e congruo, anche fuori della sua consueta sede di abitazione, allo scopo di assicurarsi della sua accettazione o del suo rifiuto? Invero io non trovo che ciò si possa dire non conforme alla legge (**).

e) Se il creditore non ha domicilio nello Stato.

Si sarebbe creduto di trovare nel nuovo Codice una soluzione ad un quesito che travaglia ancora la giurisprudenza.

Se il luogo del pagamento è stanziato, dovendosi in quello fare la offerta, il domicilio personale o reale del creditore diventa indifferente, se non in quanto le relative intimazioni verranno eseguite al modo degli esteri.

La difficoltà consiste qualora l'offerta debba effettuarsi alla *persona* o al *domicilio*, non essendo determinato il luogo del pagamento.

Il CHAUVEAU si è fatto ad esaminare questa precisa questione (in CARRÉ, quest. 2191 bis); e trae argomento principalmente dall'art. 69, n° 8, della procedura francese, nel quale si pone che gli stranieri, o coloro che non hanno domicilio o dimora conosciuta nello Stato, sono citati *mediante affissione*, consegnandosi *una copia dell'atto al regio procuratore.* Egli crede questo disposto estensibile alle offerte reali; ritiene valida l'offerta eseguita *au parquet du procureur du roi;* e che l'assenza del creditore sia da interpretarsi legalmente come un rifiuto, sicchè possa il debitore fare indi passaggio al deposito. Questa opinione è pure seguita dall'egregio giureconsulto che dettò nel *Commentario al Codice sardo* il n° 36 del vol. V, part. II, n° 36.

Se io non prendo errore, in questa soluzione non si distingue, anzi bisogna pur dirlo, si confonde *il modo di notificare la citazione cogli atti di esecuzione di un contratto.* Ma vi è di più. Si attribuisce al procuratore regio una funzione che non gli appartiene secondo il Codice francese, molto meno gli appartiene secondo il nostro. Presso di noi il pubblico Mi-

(*) Se la consegna deve farsi a persona nominata in luogo stabilito, o ad un corpo morale, ad un istituto non si ricercherà il domicilio del creditore, ma si eseguirà alla persona del capo e rappresentante.

(**) Secondo l'antica pratica, la offerta doveva farsi *loco et tempore congruo.* Nel linguaggio del diritto, *locus congruus* intendevasi *locus conventus* (Leg. 9 Cod. de obsign.). Ma fuori di là poteva farsi alla casa, o in altro luogo qualunque, purchè onesto; e quando il *locus* dovesse dirsi *inhonestus*, era rimesso all'arbitrio del giudice (MENOCHIUS, *De arbitr.*, cas. 232, n° 9).

nistero, citandosi persona *che non ha residenza*, *domicilio* o *dimora nel regno*, riceve dalle mani dell'usciere *una copia della citazione da trasmettere al ministro degli affari esteri* (articoli 141, 142). Il pubblico Ministero in questo caso non fa altro uffizio che *di mezzo sicuro ed autorevole di comunicazione*, onde agevolare all'estero od assente la notizia della citazione medesima. Non posso immaginare come al seggio del procuratore del re debba eseguirsi una offerta reale, perchè non intendo come, in mancanza di ogni altro domicilio espresso, sia quello il domicilio *tacitamente eletto dalle parti* (poichè a questo bisogna venire) onde effettuare un pagamento; nè conosco legge, che attribuisca al procuratore del re questa funzione.

Io credo che il quesito debba sciogliersi in altro modo, e la chiave si troverà nella Sezione IV del Capo I, Titolo II, Libro I, sulla competenza dei nostri tribunali rimpetto agli stranieri. Quantunque nel caso che esaminiamo possa non trattarsi di *straniero*, ma di un cittadino assente, la soluzione abbraccierà così amendue le ipotesi, e applicata al caso più grave, risponderà di leggieri a quello che può sembrare meno grave.

In questa controversia noi supponiamo un fatto giuridico che deve servirci, come di leva, a risolverla. Quello, assente o straniero, ha fatto con me un contratto, la cui esecuzione è nel regno. Io sono il debitore del mutuo e degli interessi del mutuo, i quali pago al *mio domicilio* conosciuto o certo che è nel regno italiano. Quando io mi faccio attore, giacchè voi creditore vi ricusate di ricevere il debito, o non vi prestate (che poi è lo stesso) a ritirare la somma capitale del mutuo affinchè io continui a pagare gli interessi, il che è ingiusto, devo bensì trattarvi *come un convenuto*, e aver riguardo al vostro domicilio, e invocare la giurisdizione che vi compete in ragione di territorio, *ma alla condizione che ne abbiate uno nel regno*, ove io possa eseguire l'offerta reale secondo il mio diritto. Che i tribunali nazionali siano in genere competenti, egli è certissimo per l'articolo 105, mentre *la obbligazione è contratta nel regno*, o *deve aver esecuzione nel regno*. Quale sarà in ispecie il tribunale competente, poichè la questione del *locus solutionis* e quello della competenza si risolvono ad un tratto?

Lo stesso domicilio del debitore, che è il luogo ordinario del pagamento, sarà quello in cui potrà farsi la offerta reale. Per analogia all'articolo 1266 del Codice civile, sarà premessa la intimazione di ricevere il danaro, gli argenti, gli oggetti, e *trasportarli*, altrimenti sarà lecito farne il deposito. L'art. 107 della procedura appoggia fortemente questa risoluzione; quello difatti va ad essere il tribunale a cui sarà portata ogni controversia in relazione al seguente articolo 908, e parmi che per ogni parte si armonizzi assai bene colla legge.

2. *Intorno ai numeri 4° e 5° dell'art.* 903.

La obbligazione di dare cose mobili (materia esclusiva delle offerte reali) può essere di tre maniere. O riguarda un oggetto determinato: la stessa cosa deve darsi, il creditore « non può essere costretto a riceverne una diversa (articolo 1243 del Codice civile). O riguarda cose di genere determinato (grano, olio), io debbo quel genere presentare nella quantità fissata dalla convenzione o dal giudice. O finalmente il debito è pecuniario, si offre la somma intera cogli accessorii, secondo il precetto molto preciso dell'art. 1260, n° 3.

Quanto alla obbligazione della prima specie dovrebbe provarsi la identità dell'oggetto, ma prego di osservare che non è di codesta identità che si occupa la legge, ma di una diversa. La prima *stabilisce il rapporto che vi ha fra l'oggetto offerto e quello descritto nella convenzione*, e concerne l'adempimento della stessa obbligazione; la seconda invece *è la identità dell'oggetto* garantita dalla descrizione che se ne fa in guisa che non accettandosi immediatamente la cosa offerta dal creditore, e dovendosi eseguire il deposito, si possa sempre verificare l'esistenza dell'oggetto medesimo (*). La differenza promuove questioni d'ordine diverso. Se l'oggetto offerto non corrisponde al convenuto, il creditore ha diritto di respingere l'offerta, perchè si è mancato all'obbligo stipulato; se invece la designazione fosse talmente imperfetta e dubbia che l'oggetto potesse venire scambiato, il creditore o può domandare l'annullamento della offerta per difetto di una forma sostanziale, o anche dopo il deposito, l'autorità giudiziaria potrebbe dichiarare insoddisfatta la obbligazione, non constando della identità della cosa offerta.

La designazione della cosa, se non sia danaro; quindi se trattasi di cose fungibili, è d'uopo indicarne le qualità caratteristiche, il peso e la misura.

Ma altresì la moneta può offerirsi come

(*) Secondo la espressione della legge « la designazione della cosa in modo *da impedirne lo scambio* ».

corpo determinato quando trattasi di *deposito proprio;* ed allora è d'uopo farne tale descrizione, che non sia possibile surrogarvi altre specie ed altre monete.

L'esaminare con quale moneta si possa o si debba pagare un debito, in ragione del convenuto, in ragione del corso o del valore monetario, non appartiene al mio tema; io lo sfuggo perchè non potrei entrare nel gravissimo argomento senza darvi tutta quella estensione che merita.

3. *L'indicazione delle condizioni dell'offerta, se l'offerta sia condizionata* (art. 903, n° 6).

La giurisprudenza che svolgevasi immensa dal diritto romano, e attraversando i secoli ebbe occasione di tutto vedere e di tutto decidere, soleva porre fra i requisiti della offerta reale *quod oblatio sit pura nullamque conditionem contineat* (BALDUS, in Leg. 19 Cod. de usur.; NEGUSANTIUS, *De pign. et hyp.*, part. V, mem. 1, par. 2, n° 10, ecc.). Ma facevasi anche la distinzione *da condizione intrinseca ad estrinseca.* La intrinseca, *nascente ex natura rei*, non toglieva alla validità dell'offerta; come se si offerisse il prezzo alla condizione *si res tradatur.* Ne veniva soltanto che il compratore, del quale parliamo, non veniva sciolto dall'obbligo di pagare il prezzo, neppure depositando la somma, mentre non ne abdicava il dominio, ma solamente mirava al fine di avere la tradizione che gli era dovuta (BALDUS, NEGUSANTIUS, lvi, PACIFICUS, *De salvian. interd.*, inspect. V, cap. 1) (*). Talvolta il pagamento stesso può avere una destinazione che si riconosca legittima, se, per esempio, sia stato pattuito doversi eseguire ai *creditori anteriori.* Che anzi se il patto dice semplicemente di pagare ai creditori, può aggiungersi, senza uscire dal convenuto, ai *creditori anteriori*, che è sottinteso ed implicito (BALDUS, ad dict. Leg. 19 Cod. de usur., quest. 40; CRAVETA, cons. 705). Ogni condizione detta *estrinseca* si aveva per illegittima. Richiedere la ricevuta in un dato modo, pretendere che si rinunzi a qualche pretesa, o solo una riserva *di non voler pregiudicare diritti*, ma di voler salva ogni azione e ragione, ecc., tutto ciò rende l'offerta giustamente inaccettabile, perchè obbliga il creditore a riconoscere ciò che non si può pretendere da lui.

4. *Spesa dell'atto di offerta.*

Le opinioni si dividevano; inutile il cercare per quali cause. Ora è consacrato nell'articolo 1262 del Codice civile. « Le spese della « offerta reale e del deposito, *se questi atti « sono validi*, sono a carico del creditore ». Non credo però che sia vietato al creditore di fare inserire nel processo verbale una protesta delle spese; e tengo ancora che quando si verrà a discutere sulle spese del giudizio, non sia tolto al creditore di fare la prova, possibile benchè negativa, di non essersi mai rifiutato di ricevere il pagamento manuale; ed anzi di essersi recato al domicilio del debitore nel giorno della scadenza senza aver trovato il danaro. E se egli accettò l'offerta, era nel suo diritto di non differire l'incasso del credito. Sarà insomma una questione da decidersi col fatto, come ben si conclude nel *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. II, n° 53 (*V.* ancora le ANNOTAZIONI dell'articolo 908).

Articolo 904.

Quando il creditore ricusi l'offerta, o non sia presente, gli è notificata copia del processo verbale nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Con lo stesso atto si può notificare al creditore che si farà il deposito della somma o della cosa offerta.

Tra la notificazione e il deposito deve passare un intervallo non minore di giorni tre.

Annotazioni.

La notificazione è senza dubbio un atto distinto, separato e necessariamente posteriore a quello della offerta reale. Dev'esser così se questo fu eseguito da notaro o da cancelliere. La notificazione, funzione esclusiva dell'usciere, è il complemento dell'atto di offerta, e il precedente giuridico necessario del deposito.

(*) Io debbo pagare, e pago realmente, ma alla condizione che mi si provi cancellata una ipoteca. Se il creditore si presenta ad accettare il danaro, non gli sarà rilasciato senza la contemporanea consegna del documento che provi la cancellazione. Il deposito sarà vincolato; tutto ciò è in regola; non dipende più che dal creditore il ritirarlo, surrogando il fatto che deve prestare quale condizione.

Articolo 905.

Il deposito deve farsi nei luoghi designati dalla legge. In difetto di designazione, l'autorità giudiziaria competente provvede, a norma dell'articolo 908, con decreto sul ricorso del debitore.

Articolo 906.

Il deposito si fa col mezzo di uno degli uffiziali indicati nell'articolo 902, che ne fa risultare con processo verbale, il quale deve contenere le indicazioni prescritte nei numeri 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 dell'articolo 903.

Il processo verbale deve contenere inoltre la sottoscrizione del depositario e dell'uffiziale procedente.

Se il creditore sia presente, il processo verbale deve anche contenere le dichiarazioni e la sottoscrizione di lui, o la menzione del rifiuto di sottoscrivere.

Annotazioni.

1. L'offerta reale rimane quasi sempre senza risultato, quando non è preceduta da una intimazione al creditore. Abbiam visto che la intimazione non è necessaria se non in due casi: 1° in quello precisato dall'articolo 1266 del Codice civile; 2° in quello da noi divisato nel commento all'articolo 903, n° 1, lett. *c*. Potrebbe mandarsi una intimazione, un avviso al creditore in ogni altro caso? Ciò sarebbe molto diligente e per nulla vietato. Del resto il creditore che non sa, per dir così, in qual momento sarà assalito dalla offerta, rare volte si troverà presente; l'offerta passa tantosto in deposito: è questa la sua evoluzione naturale, il suo ultimo stato.

L'articolo 1261 del Codice civile insegna quello che deve farsi prima e quello che dopo il deposito. Se il creditore non si presenta, gli viene « notificato il processo verbale del « deposito colla intimazione di ritirare la cosa « depositata ». Allora il còmpito del debitore è veramente finito; il suo scopo è raggiunto.

2. *Degli interessi moratorii e convenzionali.* Lo scopo del debitore è di liberarsi onninamente dalla obbligazione o da ogni suo accessorio e conseguenza. Un tempo si ritenne bastare la offerta reale almeno per evitare la mora, *oblatio sufficit ad impediendam moram, sed non ad obligationem tollendam*, disse il Fabro (lib. IV, tit. 33, def. 15, nota 2); rapporto però alla decorrenza delle usure convenzionali non parve sufficiente (Voet, ad tit. de usur. et fruct.); ma solo ad impedire quelle usure che nascano appunto dalla mora. Oggidì il concetto della offerta reale è molto più fermo. Nulla per sè, dove non sia accettata, è tutto, coronata dal deposito. Per sè può essere uno scherzo, una mostra, una cosa che passa, fatta in tempo in cui non sia presente il creditore per accettarla. L'articolo 2159 del Codice civile dichiara: « Dal giorno del depo- « sito legalmente fatto *cessano gl'interessi*, e « la cosa depositata rimane a rischio e peri- « colo del creditore ».

La legge dice *cessano gl'interessi;* li suppone già in corso. E non distingue fra interessi moratorii o convenzionali. L'offerta reale per se sola non produce mai questo effetto. Rispetto alla mora che genera interessi dalla *domanda giudiziale*, il deposito ne tronca il corso se hanno cominciato a decorrere; ma può anche impedirne il cominciamento. Ecco in qual modo. Tu non venisti, nè mandasti a casa mia per ritirare il danaro che stava pronto per passare nelle tue tasche nel giorno della scadenza. Invece ti piacque citarmi. *Benchè dopo il giorno della scadenza*, io non era punto in mora del debito mio, poichè tu non eri venuto a bussare alla mia porta (e questo lo poniamo come avvertimento notevole). Mi citasti; ed io feci la offerta reale, indi il deposito, senza gli interessi della mora. Io ho agito regolarmente. Io era autorizzato a fare la offerta perchè tu mi costringevi, com'era tuo diritto, a pagare; ma non avevi diritto a ricercarmi degli interessi.

Del resto gl'interessi devono esser calcolati al giusto; le spese pagate, se sono liquide; se illiquide, deve pagarsene una parte, con promessa del supplemento di ragione: ciò è testuale nell'articolo 1260, n° 5 del Codice civile. *La totalità del debito:* ecco una condizione

alla quale non si sfugge per qualunque minimo difetto (*).

3. Non è necessario che l'uffiziale che fa il deposito sia quello stesso che ha eseguita l'offerta reale.

L'accurata descrizione dei requisiti che occorrono alla redazione del processo verbale di deposito non comprende l'8° numero dell'articolo 903. Tuttavia se il creditore sarà presente e adduce ragioni per non accettare il deposito, è ben d'uopo che se ne tenga conto.

Ma la solennità del verbale suppone che il creditore non sia comparso per accettarlo, nel qual caso tutto finisce colla quietanza ch'egli fa al debitore.

Articolo 907.

L'uffiziale che procede al deposito deve consegnare sul luogo stesso una copia del processo verbale al depositario e al creditore.

Se il creditore non sia presente, il debitore, nel termine di giorni due dal deposito, deve fargli notificare la detta copia nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Se il luogo in cui fu eseguito il deposito e quello in cui è notificato al creditore facciano parte di giurisdizioni diverse di preture, tribunali, o corti di appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148.

Annotazioni.

La notificazione del processo verbale di deposito è di somma importanza: solo da quel giorno il deposito produce tutti i suoi effetti, produce la liberazione; il rischio delle somme e valori depositati cade sul creditore.

Fermiamoci un momento sui termini, e intanto ricordiamo che due partecipazioni sono prescritte al creditore, *una intimazione* e *una notificazione*. Quella dee precedere il deposito (articolo 1261, n° 1 del Codice civile); questa lo susseguе. Qual termine debba lasciarsi correre fra il giorno *dell'intimazione* e quello in cui il creditore è invitato a comparire per ritirare la somma, la legge non lo dice. Invece dal giorno del deposito alla *notificazione* di esso frappone termini lunghi, quei termini che sono dati per comparire in giudizio. Se mi permettete, io vorrei dire che qui siamo caduti in confusione.

Il termine era necessario quando si trattava che il creditore doveva comparire; non era più necessario quando non doveva comparire. Nel primo caso era giusto misurar le distanze, e non si è fatto; perchè mai si è fatto nel secondo? Nel secondo, ossia in quello che riguarda il nostro articolo 907, bastava il dire che solo *dalla notificazione* il deposito avrebbe effetto. Perchè quella strana lunghezza di termini? L'oggetto di essi è forse relativo al notificante o al notificato? Per certo al notificato. Ora non si è fatto altro che dire, potersi sospendere sino a ventiquattro giorni la notificazione se, essendo fatto il deposito a Torino, il creditore abita a Napoli, ossia in caso dove *le giurisdizioni di Corti d'appello non sono limitrofe*, che è appunto quello del n° 5 dell'articolo 148? E il creditore che sta a Napoli non ha forse interesse di conoscere al più presto il fatto suo e provvedere al proprio interesse?

Articolo 908.

Le domande di validità o di nullità dell'offerta o del deposito devono proporsi con citazione in via sommaria, davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'offerta o il deposito furono fatti, la quale sia competente per materia e valore, salvo che siano proposte in via incidentale in un giudizio già pendente.

(*) Devono anche deporsi gli interessi che sono decorsi dal giorno della offerta a quello del deposito.

Annotazioni.

1. La questione di nullità (che implica il giudizio della validità) può comprendere l'*offerta e il deposito;* ovvero l'uno o l'altro di codesti atti che procedono distinti. Vero è che annullata la offerta, che è *la interpellazione formale* al creditore che deve precedere il deposito, anche questo si annulla, ossia resta un deposito a disposizione e a puro rischio del deponente senza partorire alcuno degli effetti che il debitore se ne prometteva. Non avviene così se la nullità cade sul deposito; l'offerta reale, come atto indipendente, rimane con quell'efficacia che è propria della sua natura.

2. *Nullità intrinseche ed estrinseche.*

La nullità può essere *intrinseca od estrinseca;* e quella ancora di più maniere, o in altre parole, originare da più cause.

a) Incapacità del creditore a ricevere.

Se il creditore è un minore, un interdetto, una donna maritata, e il credito sia dotale, indarno gli si farebbe la offerta reale. È chiaro che la offerta reale dovrebbe farsi a chi è autorizzato di ricevere per quelle persone, al tutore, al curatore; nell'ultimo caso la offerta reale si farebbe ad amenduo i coniugi.

b) Mancanza di azione.

Non si può validamente offrire un credito non scaduto; non si può offrire per liberarsi anzi tempo dal debito degl'interessi.

c) Imperfezione dell'oggetto offerto.

La somma dev'esser totale; identica la cosa, se trattasi di corpo certo.

d) L'offerta dev'essere incondizionata, salvo che la condizione non sia *ex natura rei* e protetta dal diritto (*V.* le note all'articolo 905).

e) Nullità dell'offerta attesa la nullità del processo verbale.

Se il processo verbale fosse redatto di guisa che più non somministrasse la prova della esistenza legale della offerta medesima. In vero il processo verbale non è il fatto ma la prova del fatto, sistemata in una formola scritta per mano del legislatore; l'offerta potrebbe sussistere anche senza processo verbale, come esistono quei fatti storici che nessuno ha ancora narrati. Ma nel mondo giuridico i fatti sono, in quanto sono certi di una certezza ugualmente giuridica. L'offerta non dimostrata nel processo verbale sarebbe inutile, all'effetto della liberazione, poichè non potrebbe provarsi in verun altro modo. Niuno però si farebbe a sostenere che ogni difetto, l'inosservanza delle singole parti dell'art. 903, facesse mancare di effetto lo stesso atto di offerta, generasse nullità.

Come tante volte si è detto, anche parlando dei processi verbali quali monumenti storici, la legge, porgendo nei diversi canoni che propone l'analisi a dir così del proprio pensiero, mostra che ad ognuno di essi attacca una importanza, *ma non una importanza uguale.* La regola è sempre quella fondamentale dell'articolo 56. Non è difficile rilevare che vi hanno parti essenziali, tolte le quali atto di offerta non esiste. E sono: l'atto stesso di offrire al creditore presente; il dichiarare il luogo in cui si è tentata l'offerta, se il creditore è assente, la cui assenza dev'essere memorata; la causa dell'offerire, il debito che si vuole estinguere, cose indispensabili, quantunque l'articolo 903 non ne faccia parola. Importante non meno dell'*oggetto* è la *materia* del processo verbale. Altre parti si veggono puramente occasionali e non pertinenti all'essenza dell'atto; tali sono quelle dei n^{i} 6, 7, 8; solamente l'atto sarebbe privo di certi effetti, e l'offerente potrebbe pregiudicarsi; ma la offerta potrebbe ancora sussistere. La sottoscrizione *dell'ufficiale procedente* (n° 10) è, si può dire, *tutto l'atto;* è la legalità; senza questo l'atto sarebbe arbitrario e forse l'esercizio punibile di un potere indebito. La sottoscrizione del creditore è meno essenziale. Io credo che la sua presenza, le sue dichiarazioni potrebbero altronde provarsi. L'accettazione del creditore, la quietanza sana ogni irregolarità, come ogni irregolarità sarebbe sanata col ritirarsi del deposito. Quindi le menzioni del n° 9 non sono necessarie a validare un atto che dopo l'accettazione del creditore non può più essere impugnato; si farà allora un'altra questione: la prova del pagamento; prova che dal processo verbale poteva risultare immediata, autentica, tuttavia il fatto potrà sempre provarsi. Il criterio del giudice, la omissione più o meno imperfetta delle formalità desiderate, circostanze di fatto potranno anche condurre a nullità che la legge prudentemente non ha voluto pronunciare *a priori.*

Il *deposito può essere dichiarato nullo*, se eseguito fuori del luogo legale, se eseguito in modo che la identità dell'oggetto non sia assicurata; fatto insomma di maniera che l'interesse del creditore si vegga in pericolo. Vero è che il deposito produce la liberazione del debitore, ma alla condizione della sua perfetta regolarità. E perchè questo? Perchè *se il rischio e pericolo del deposito è a carico del creditore, non è però lecito al debitore di aggravare questo pericolo*, e di render col fatto

Digitized by Google

suo deteriori le condizioni del creditore. È in facoltà del creditore ritirare o non ritirare il deposito, ma egli deve poter contare sulle migliori garanzie della legalità.

3. *Della competenza.*

a) D'ordinario il luogo dove si fa la offerta è quello in cui si eseguisce il deposito. Quindi l'autorità competente a giudicare della validità dell'uno o dell'altro di codesti due atti, o *delle controversie che possono sorgere da essi* (*), sarà identica. Ma non è neppure escluso che per volere del giudice (art. 905) il deposito si faccia in luogo soggetto ad altra giurisdizione. La competenza in tal caso può dividersi. Se si fa questione di nullità della offerta, che porterebbe con sè anche quella del deposito, niun dubbio che l'autorità giudiziaria del luogo in cui avvenne la offerta sarebbe competente; se del deposito invece si disputi, dovrà adirsi quella del luogo ove il deposito esiste.

b) Ma vi è bene una contingenza, non preveduta dalla legge di procedura, che merita attenzione. Nel caso dell'articolo 1266 del Codice civile non ha luogo propriamente una offerta dell'ordine consueto; la cosa deve consegnarsi ove si trova: lo ne diedi l'esempio nel quadro venduto, da consegnarsi nella stessa quadreria del venditore; cosa che a lui rileva onde non correre il rischio o il danno del trasporto (**). Il venditore non deve far altro che intimare al compratore di trasportare il quadro, ma non facendolo, lo stesso venditore potrà ottenere di depositarlo in altro luogo. *Sulla validità o nullità degli atti d'intimazione e di deposito quale sarà il giudice competente?*

Può forse esser radice di competenza l'atto d'intimazione, *fatto transeunte* che non ha la sua manifestazione se non nel luogo della sua notifica, ossia al domicilio del compratore? Io credo che dovrebbe osservarsi la legge comune; e volendo il supposto compratore fare annullare l'atto d'intimazione, dovrebbe citar l'intimante avanti il giudice del domicilio di lui.

Per contro il deposito è *un fatto permanente.* Lo scultore teneva a disposizione del compratore la statua nel suo studio in Pisa; il tribunale ordinò che si trasportasse in altro luogo della stessa città. Il tribunale di Pisa sarebbe doppiamente, a dir così, competente; e come quello che pronunciò l'ordine di trasporto, o come quello del luogo del deposito.

Il dubbio può sorgere qualora il tribunale di Pisa abbia creduto di ordinare il trasporto e il deposito della statua in Firenze. Nascendo questione sulla validità del deposito, la competenza dovrebbe appartenere al tribunale di Firenze; e siamo tratti a così concludere dalla lettera stessa del nostro articolo 908.

c) *Sulla controversia di diritto.*

La nullità della offerta reale e del deposito può derivarsi dalla *mancanza di diritto e di azione.*

Voi non potete costringermi a ricevere la somma, poichè non avete ragione di credere di potervi con questo mezzo redimere dalla decadenza in cui siete incorso. Io ho respinto la offerta e addotte le ragioni. Dovendosi decidere prima di tutto la controversia del diritto, voi dovete citarmi, secondo le regole comuni, al tribunale del luogo del mio domicilio.

Può stabilirsi in principio che la competenza dell'autorità giudiziaria, secondo il nostro articolo 908, è determinata dalla qualità della controversia, *in quanto sia controversia di esecuzione.* Con ciò si abbraccia e la questione della forma, e quella che viene già contemplata nell'articolo 570.

d) *Se la controversia è incidentale.*

Seguitando a ragionare della competenza è d'uopo procedere con una distinzione.

La questione sulla offerta reale può essere incidente in due maniere. O che si eseguisca *pendente ancora la causa principale*, o *dopo* la causa principale. Ed è la ipotesi che siamo venuti facendo di una controversia di esecuzione messa in rapporto coll'articolo 570. Secondo altri sistemi la competenza sarebbe appartenuta al tribunale che pronunziò la sentenza; ma oggidì è posta la regola che *la competenza spetta all'autorità giudiziaria del luogo ove si fa l'esecuzione.* Resta adunque che la limitazione riguardi *la pendenza* di un giudizio principale; e questa è difatti la espressione usata dalla legge. Tizio ha citato Caio al tribunale di Verona che è il luogo del suo domicilio; Caio intende liberarsi da una obbligazione che lo vincola di maniera che non può muovere una riconvenzionale contro l'attore, se prima non isciogliè quel debito. Onde si decide a fare una offerta reale ch'egli deve eseguire al domicilio dello stesso attore che è a Mantova. Competente a conoscere della validità o invalidità di questa offerta è il tribunale avanti cui pende la lite, quello di Verona.

Quid *di una offerta reale in pendenza di un giudizio di esecuzione?*

(*) Ciò è necessario a ritenere, benchè l'articolo non parli che di nullità o di validità.

(**) Uno scultore vende una statua, ma da consegnarsi nel proprio studio.

Fu già deciso in termini, che il giudizio esecutivo deve ritenersi principale del quale quello della offerta è incidente (Corte di Parigi del 9 fiorile, anno XI; Cassazione francese, 16 dicembre 1807, e 4 giugno 1850; *Commentario del Codice sardo*, vol. v, part. 2, n° 85). Per noi il tribunale competente è quello designato dall'articolo 570.

Articolo 909.

Quando l'autorità giudiziaria dichiari la validità dell'offerta, autorizza il deposito non ancora fatto, e pronunzia la liberazione del debitore dal momento in cui il deposito sia eseguito nelle forme dalla legge richieste.

Se dichiari la validità del deposito già eseguito, questo produce il suo effetto dal giorno in cui fu fatto.

Se riconosca ingiusto il rifiuto del creditore, può condannarlo al risarcimento dei danni.

La sentenza in ogni caso provvede riguardo al depositario.

Annotazioni.

1. La prima domanda che si presenta è questa: *se tengasi necessario ottenere l'autorizzazione a fare il deposito*, il che importerebbe doversi premettere il giudizio sulla validità della offerta. Ma leva di mezzo ogni dubbio l'articolo 1261 del Codice civile: *Per la validità del deposito non è necessario che venga autorizzato dal giudice.*

Tuttavia l'articolo 909 previene un caso frequente; impugnata, attaccata di nullità la offerta reale, o in qualunque modo contraddetta, è d'uopo invocare la sentenza del giudice che, dichiarando valida la offerta, *autorizza il deposito*; pronunzia insieme *la liberazione* alla condizione che il deposito *sia eseguito nelle forme dalla legge richieste.*

In massima, l'intervento dell'autorità giudiziaria non è punto necessario, affinchè l'offerta reale e il deposito producano gli effetti giuridici loro proprii. La controversia va a suscitarsi per parte del creditore che vi si oppone: talvolta però lo stesso debitore ha interesse, bisogno fors'anche, di riportare dal tribunale l'approvazione del suo operato. Ciò va ad avverarsi specialmente allorchè pende un giudizio principale; e si ha d'uopo che il tribunale riconosca formalmente la influenza che il fatto va ad esercitare nell'esito definitivo della lite.

2. La legge civile si è spiegata con molta chiarezza intorno agli effetti del deposito. Il deposito è *legalmente eseguito*, secondo l'espressione dell'articolo 1259 del Codice civile; ha la sua piena efficacia *dalla notificazione* (articolo 1261, n° 4). Non vi avrebbe per avventura una certa discordanza con ciò che è scritto nel primo comma del nostro articolo 909: « Se « (l'autorità giudiziaria) dichiari la validità « del deposito, *questo produce il suo effetto* « *dal giorno in cui fu fatto?* »

La conciliazione non sembra difficile. Nascendo questione sulla validità del deposito, non viene più in considerazione la notifica di esso, la quale potrebbe anche non aver avuto luogo. Trattasi di attuare un incidente? Io, che mi trovo nella più aperta contraddizione col mio avversario, fatto il deposito, domando al giudice di volerlo dichiarare valido, e qui si combatte. O il mio stesso avversario insiste formalmente per la nullità? Se il deposito è confermato, produce i suoi effetti *dal giorno in cui fu fatto.* Senza derogare alla disposizione normale dell'articolo 1265 del Codice civile, questa legge di procedura ha una relazione tutta speciale alla dichiarata eventualità di un giudizio avente per oggetto lo stesso deposito, e della cui cognizione non può più dubitarsi dopo tanto rumore di lite; quindi, come io ora diceva, non può più seguirsi la scorta della notificazione (*).

3. *Si provvede riguardo al depositario* che sciolto per forza di giudizio il deposito, può trovarsi in credito di spese o di diritti annessi alla sua funzione.

(*) Generalmente la liberazione non si ottiene che dall'atto di notifica, complemento del deposito, *perchè rispetto al creditore il deposito non esiste che quando gli sia fatto noto.* Se si disputa della validità dello stesso deposito, la questione della notifica è abbandonata, e invece si riconosce che un deposito esiste.

Digitized by Google

Articolo 910.

Finchè la sentenza non sia pubblicata, il deponente può ritirare il deposito, e il creditore può accettarlo.

Nel primo caso il deponente rilascia quitanza al depositario.

Nel secondo caso il creditore fa notificare la sua accettazione al debitore e al depositario. Fatta la notificazione, l'uno e l'altro restano vincolati.

Annotazioni.

Si continua a discorrere *nella ipotesi di un giudizio*. Il deponente è libero sino *alla pubblicazione della sentenza*. Se il deposito è dichiarato valido, non è più lecito al deponente revocare il fatto proprio; e dire ho scherzato. Il contratto giudiziale è sotto il suggello inalterabile della sentenza. Se il deponente ritira il deposito pendente la lite della validità, ne confessa la nullità; il ritiro del deposito equivale alla rinuncia della lite. Se invece il creditore lo accetta, è finita la questione della nullità; e non occorre aspettare la decisione del tribunale.

Articolo 911.

Quando, durante la causa sulla validità del deposito, sopravvengano pignoramenti o sequestri a carico del deponente o del creditore, il depositario non può rilasciare le cose depositate, se non definite le controversie relative.

Annotazioni.

S'intende appresso le relative intimazioni che saranno fatte al depositario.

Articolo 912.

Nel caso indicato nell'articolo 1266 del codice civile si osservano le norme stabilite nello stesso articolo, e sull'istanza di deposito fatta dal debitore provvede il pretore del mandamento in cui la cosa si trova, salvo che l'istanza sia proposta in via incidentale in un giudizio già pendente.

Annotazioni.

Nulla è aggiunto per questo articolo al 1266 del Codice civile già superiormente chiarito; e nulla è detratto alla nostra soluzione posta nella nota 3 *b)* dell'art. 908. Il *pretore del mandamento del luogo in cui la cosa si trova*, non ha altra missione dalla legge che *di provvedere alla collocazione* del corpo che il creditore non *si è prestato a trasportare*. Anzi pendente una lite principale, il magistrato che n'è investito è il solo competente così per il provvedimento conservatorio che per la questione di merito. Fuori di questo, le conclusioni proposte mi sembrano certe.

TITOLO X.

DEL MODO DI OTTENERE LA COPIA O LA COLLAZIONE DEGLI ATTI PUBBLICI

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo Titolo ha due parti distinte: dall'articolo 912 al 917 regola i diritti delle parti che richiedono copie di atti di pubblici depositarii; dall'articolo 918 in poi si occupa *delle collazioni degli atti* onde verificare la esattezza delle copie.

Articolo 913.

Qualunque depositario pubblico autorizzato a spedire copia degli atti che esso ritiene deve, se richiesto, darne copia autentica, ancorchè il richiedente o i suoi autori non siano stati parte nell'atto, sotto pena dei danni e delle spese, salvo le disposizioni speciali della legge sulla tassa di registro e bollo.

La copia d'un testamento pubblico non può essere spedita durante la vita del testatore, salvo a sua richiesta, della quale si fa menzione nella copia.

Annotazioni.

1. La legge ordina la comunicazione degli originali per mezzo delle copie, e s'impone perciò con molta severità a quei funzionarii che non adempissero prontamente a questo dovere.

La prova è già sistemata nel Codice civile. La procedura non aggiunge nulla all'intrinseco valor delle prove; ma partendo dal concetto del Codice civile che l'atto pubblico è verità e sorgente autentica di diritti, ne proclama la potenza diffusiva (mediante le copie), e dispone dei mezzi opportuni.

È sulle prove autentiche e legali che la procedura si esercita onde renderne più cospicua l'efficacia; e d'altro non si occupa. La procedura sa che secondo la legge normale « le copie degli atti pubblici estratte dal loro originale, autenticate da notaio, ecc., fanno fede come lo stesso originale » (articoli 1333, 1334 del Codice civ.). La giurisprudenza, colla scorta della legge civile, deciderà quanto possano valere *le copie* che non hanno riscontro permanente, il loro costante controllo, *in un originale esistente*. Sebbene ciò non sia intimamente legato al nostro tema, non sarà inutile il breve ricordo che veniamo a farne.

L'atto originale non esiste; è perduto. Le copie che ne furono estratte quando esso esisteva in tranquilla sicurezza presso il suo custode, quelle copie non perdono la fede una volta acquistata, purchè presentino un aspetto sincero, non intorbidato da abrasioni o supposizioni (articolo 1336, ivi).

Più ancora. Quelle copie possono figliare altre copie, e qui giova trascrivere l'art. 1337: « Le copie menzionate nell'articolo precedente possono anche servire di originale, affine di estrarre altre copie, qualora si trovino in pubblico registro, ed anche in mano di privati, se d'ordine del giudice, citati gli aventi interessi o di consenso dei medesimi, vengano depositate nell'archivio a ciò destinato ».

Finalmente in quest'ordine decrescente di mezzi di prova, ecco una quarta categoria che si suddivide in due parti. Non vi ha nè originale nè copia depositata in pubblico archivio; si porta una copia di copia autentica fatta

bersi da un pubblico uffiziale, ma non autorizzato; è però qualche cosa. Simili copie formano *principio di prova scritta*, alla condizione di essere ben coperte dalla polvere del tempo, di avere la rispettabile età di trenta anni. Altre copie vi hanno alle quali è attribuito questo medesimo effetto. Sono quelle che *si trovassero soltanto trascritte nei pubblici registri* (articoli 1338, 1339 del Codice civile); poichè, secondo certi regolamenti, o l'ufficio deve anche conservare una copia degli atti originali, ovvero le parti non consegnano all'ufficio, come l'ipotecario, tranne copie di copia autentica, le quali si restituiscono dopo la collazione.

Formare *principio di prova scritta* significa che la prova può essere completata per mezzo di testimonii (articolo 1347 del Codice civile). La nostra legge si è mostrata alquanto più facile della francese che richiede una certa dimostrazione dell'evento disastroso per cui l'originale andò perduto, o specificamente o almeno che tutte le matrici in quell'anno redatte dal medesimo notaio andassero perdute. Voleva pure che dal repertorio regolare del notaio risultasse *la data* dell'atto. Più: ammettendo l'esame ordinava quello dei testimonii *che furono presenti all'atto, se esistessero ancora* (articolo 1336 del Codice Napoleone). Fuori *delle circostanze legali* le copie non sono tuttavia rigettate come inutili e da non farsene verun conto, se avendo i requisiti considerati nell'articolo 1338, non risultasse quello del tempo. L'atto potrà, secondo i casi, valutarsi come *indizio*. « Se (le copie) sono più re« centi possono, secondo le circostanze, essere « tenute come semplici indizii » (*).

2. Il nostro articolo 913, come si disse, non comprende che le vere copie autentiche, tolte immediatamente dalla fonte, e rivestite di un carattere probatorio al pari dell'originale. In tal caso l'obbligo che ha *il pubblico depositario* di soddisfare alle domande di qualunque richiedente è perentorio, e nasce dalla qualità stessa dell'atto, la cui comunicazione è di diritto di ogni cittadino, il quale, secondo le più larghe vedute delle nuove legislazioni, non ha mestieri di comprovare o un interesse o uno scopo. Se l'originale più non esistesse in una di quelle eventualità sopra accennate, se si trattasse di volere copia di copia, non sarebbe applicabile questa disposizione così assoluta.

3. La legge, come si vede, ravvicinando a questo l'articolo 916, ha introdotto una distinzione, che non è nuova, *fra il depositario pubblico* e *il depositario di pubblici registri*. La distinzione non è abbastanza luminosa per poterne indicare con sicurezza i caratteri distintivi. Pare che col nome di depositario pubblico s'intenda quell'uffiziale che ha in custodia i propri atti, e sarebbe eminentemente il notaio; mentre di pubblici registri sono depositarii l'uffiziale dello stato civile, il conservatore delle ipoteche, i cancellieri.

L'articolo 1039 del Codice sardo del 1859 diceva più semplicemente: *il notaio o qualunque pubblico depositario è tenuto di dare a chi nel richiede copia autentica*, ecc. Ora si è aggiunto: *autorizzato a spedir copia degli atti ch'esso ritiene*. E questo vuol significare che non tutti i depositarii pubblici sono a ciò autorizzati. Così per esempio l'archivista potrebbe non avere personalmente questa facoltà; potrebbe non averla un notaio surrogato, un custode interinale delle matrici, il quale però può essere abilitato dall'autorità competente.

4. Si vogliono *salve le disposizioni speciali delle leggi sulla tassa di registro e bollo*. L'atto potrebbe mancare di registrazione, non essere stato conformato alla legge del bollo. I commentatori francesi notarono che l'atto non essendo perciò nullo, e neppure *imperfetto* (*V.* l'art. 811 del Codice di procedura francese), la spedizione non può negarsi, ma chi ritrae la copia deve soddisfare alla legge finanziaria.

Articolo 914.

Nel caso di rifiuto o di ritardo a spedire la copia richiesta, il richiedente può ricorrere al presidente del tribunale civile, nella cui giurisdizione il depositario esercita le sue funzioni. Il presidente ordina al medesimo, con decreto, di comparire avanti di lui a giorno e ora fissi.

(*) Seguitando il discorso si entrerebbe, più di quello che a noi convenga, nel campo delle prove. Non pretermetto però di osservare in questa nota subalterna, che questa legge formerà praticamente qualche ostacolo. Il *semplice indizio* è certamente qualche cosa meno del *principio di prova scritta*. Questo vale a cementare la prova testimoniale, noi lo sappiamo: *quaeritur*, qual effetto avrà nell'ordine delle prove un *semplice indizio* di prova scritta, se pure non bastasse ad abilitare la prova testimoniale?

Copia del ricorso e del decreto è notificata al depositario nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Articolo 915.

Il presidente, comparso o no il depositario, provvede, sentito il ministero pubblico.

Quando ingiunga la spedizione della copia, stabilisce con altro decreto il termine per spedirla, sotto pena, se occorra, dell'arresto personale da pronunziarsi dal tribunale, oltre il risarcimento dei danni ed il rimborso delle spese.

Annotazioni.

1. Non è facile a comprendere come un notaio o altro pubblico depositario sia per ostinarsi a negar copie che gli fruttano un interesse, eccettochè la parte rifiuti a lui la spesa o l'onorario, e allora egli sarebbe giustificato (articolo 917). Il *rifiuto* e il *ritardo* si trattano del pari, non si ricerca prova nè dell'uno, nè dell'altro; non è d'uopo far ingiunzione o intimo al pubblico depositario per costituirlo in mora. Con una legge non punto differente dalla nostra i pratici francesi se ne fecero un quesito: il CARRÉ giustamente osservò che la copia non può sempre rilasciarsi al momento della richiesta; DEMIAU-CROUZ-LHAC pensava che fosse espediente diffidare il notaio con un atto stragindiziale, ma non parve fondata questa opinione benchè molto equa (CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 2864). E veramente non potrebbe accettarsi senz'aggiungere qualche cosa ad una legge che si arma di tanto rigore.

2. La procedura sembra assai semplice. Se il presidente *ingiunge la spedizione della copia*, assegna un termine, scorso il quale il pubblico depositario può soggiacere all'arresto personale. Il presidente però non pronunzia l'arresto personale; ma lo minaccia, dichiarando che questo potrà essere anche la conseguenza del suo persistente rifiuto. Potrebbe anche il presidente non proferire l'amara parola, per quel lenitivo *se occorra*, di cui il testo è benigno.

La decisione del presidente dovrà essere notificata nonostante il silenzio della legge.

Ordinare l'*arresto personale* è nel potere del tribunale, non del presidente. Allora, io credo, si dovrà citare nei modi consueti; allora il giudizio assume interamente il carattere di contenzioso. Non è lieve affare condannare un notaio, un conservatore delle ipoteche, un funzionario pubblico all'arresto personale, al risarcimento dei danni, ecc. Se egli si riduce a questo punto, avrà ragioni da addurre; e per la forza delle cose si aprirà una lite, che potrà bene trattarsi in via sommaria, ma col concorso di quelle guarentigie che sono sacre alla difesa dei litiganti.

E non sarà accordato appello?

L'appello è di diritto comune, come tante volte si è detto. La legge o lo vieta, o ne restringe la espressione: qui nulla di questo, e ne consegue che si può appellare e ricorrere ulteriormente nei termini e nei modi ordinarii.

Articolo 916.

I cancellieri ed i depositari di pubblici registri sono tenuti, eccettuati i casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne faccia richiesta le copie e gli estratti degli atti giudiziali da essi ritenuti, sotto pena dei danni e delle spese.

Nel caso di rifiuto o di ritardo, il richiedente può ricorrere al conciliatore, al pretore, o al presidente del tribunale o della Corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni.

L'autorità giudiziaria a cui è presentato il ricorso provvede a norma dell'articolo precedente, sentito il cancelliere o depositario.

Annotazioni.

1. Questo testo nella sua limitazione rammenta il disposto dell'articolo 557. Della moltiplicità delle copie esecutive si può facilmente abusare.

2. La seconda parte dell'articolo 916 non è senza difficoltà. E la difficoltà sta in questo, ch'ella è una procedura *mista di disciplinare e di contenzioso*; l'uno reclama i più pronti provvedimenti, l'altro reclama le guarentigie della legalità. Un cancelliere (supponendo casi che non avvengono mai) è deciso di non rilasciare la copia di un atto: non parlo di *ritardo*, poichè la voce del superiore lo metterà tosto al dovere. Ma si giunge sino all'atto di minacciargli l'arresto personale e una colluvie di danni! Vi è una parte che pretende, un'altra che nega; si entra nella provincia del diritto. Per fare una ipotesi ragionevole, fingasi che la copia esecutiva sia sollecitata da una parte che *fu bensì in causa, ma a cui favore non fu pronunciata la sentenza* (*V.* l'articolo 557). È già per se stesso un caso serio se quella legge sia assolutamente proibitiva per coloro che non hanno trionfato nella causa, ai quali il diritto della copia sembra esclusivamente riservato. Ma temperando la specie del fatto, si supponga che il chiedente la copia abbia nella sentenza una contemplazione ambigua, ed egli sia nella persuasione di partecipare della vittoria. Il cancelliere, che è anche un uomo e che ha la coscienza de' suoi doveri e de' suoi diritti, combatte la pretesa, e sostiene ch'egli ricusò con ragione a quel tale il rilascio di una copia esecutiva. È minacciato di arresto e di sospensione, ed egli affronta il giudizio. Non gli saranno dovute le guarentigie largite ad ogni altro contendente? Qual dubbio! La tendenza generale del Codice a far risolvere per via di giudizio tutte le vertenze che in altre legislazioni finivano sotto il banco e morivano, per così dire, amministrativamente, traducendosi in atto, non lascia dubitare che l'affare sarà trattato colle forme giudiziali. L'autorità giudiziaria non è più un potere amministrativo che riscuote obbedienza da un inferiore e dipendente (*); è lo stesso potere giudiziario che scioglie un problema di diritto.

3. *Sulla competenza.*

Più grave è il quesito della competenza. Si ha un bel dire, *il richiedente può ricorrere al conciliatore, al pretore, al presidente del tribunale* o *della Corte*: la cosa è piana nei primordii di una vertenza che si presenta nel suo naturale carattere di ordinamentale e disciplinare: d'ordine interno. Ma la giurisdizione del conciliatore o del pretore non verrà forse ad arrestarsi in presenza di una questione giudiziale del genere di quella di cui si è dato or ora un esempio? Non ho bisogno di avvertire che *se l'autorità giudiziaria procede a norma dell'articolo precedente*, il cancelliere e i *depositarii dei pubblici registri* potranno anche costringersi all'*arresto personale*. Inoltre i danni a cui la ribelle ostinazione potrebbe esporli, possono ascendere a molta somma; dove troviamo più il criterio della competenza? Quesito che si estende eziandio al discorso articolo 915. Per altro ivi è segnata un'assai visibile traccia della competenza; mentre dal *presidente*, autorità d'ordine, si passa tantosto al *tribunale*, per sentenziare dell'arresto e dei danni. Parmi adunque potersi seguire quella traccia sicuramente. Esaurito il ricorso col decreto d'ingiunzione divisato nel capoverso dell'articolo 915, se la questione continua, prenderà posto nei gradi della competenza ordinaria. Ma che valore può attribuirsi a una domanda che ha per fine la consegna di un documento? Forse il valore sarà misurato da quello che più o meno chiaramente si contiene nello stesso documento, verbigrazia in una sentenza di condanna? Io non sono di questo avviso. D'altra parte quanto importi ad un funzionario pubblico il non essere sospeso nelle sue funzioni, il non subire la carcere, l'onta, il disdoro, la destituzione fors'anche, che ne sono la conseguenza: ecco la misura del valore; quanto dire che non ha misura. Quindi il giudizio contraddittorio sarà portato al tribunale.

Articolo 917.

Nei casi di cui negli articoli 913 e 916, gli uffiziali ivi indicati non sono tenuti a spedire le copie loro richieste, se chi ne fa la domanda non paghi i diritti ancora dovuti dell'atto originale, oltre le spese della copia.

Articolo 918.

Le parti possono collazionare in presenza del depositario la copia dell'atto pubblico coll'originale.

(*) Come un segretario di prefettura è messo all'ordine dell'autorità del Prefetto o del Ministro.

Se sorgano controversie, sul ricorso della parte, il presidente del tribunale civile delega il pretore per procedere alla collazione nell'uffizio del depositario, ingiungendo a questo di presentare al pretore l'originale nel giorno e ora che saranno stabiliti dallo stesso pretore.

Se la collazione sia chiesta per un atto prodotto in giudizio, la delegazione è fatta dal pretore o dal presidente del tribunale o della Corte davanti cui pende il giudizio. Se questo sia pendente davanti il pretore del mandamento in cui il depositario esercita le sue funzioni, procede alla collazione dell'atto lo stesso pretore.

Annotazioni.

Entriamo nella seconda parte del Titolo, la *collazione* o riscontro verificativo del documento che viene rilasciato, coll'originale.

La *collazione* è l'opera che pone il suggello di veracità sulla copia autentica. Quel notaio, alla cui qualità, alla cui fede la legge tanto deferisce, non è più creduto quando attesta che la copia da lui rilasciata è conforme all'originale! Anche qui abbiamo avuto un'invasione di diffidenza francese; onde il regalo di un'altra lite sulla copia, e di un altro minuzioso regolamento che in verità si poteva risparmiare.

Le parti adunque possono star presenti alla lettura dell'originale confrontato colla copia: è nel loro diritto; e quando le copie escono frequenti, come dai pingui archivii che contengano matrici a molte migliaia, ognun vede che piccola occupazione sia data a *quel depositario* o a quegli scrivani (*).

Il capoverso dell'articolo 918 è in perfetta conformità coll'articolo 852 del Codice di procedura civile francese, mutata l'autorità del *presidente* in quella del *pretore*. Suppone discordia sul fatto materiale del confronto; e il pubblico depositario, che, come dissi, ha perduto ogni fede, deve soggiacere alla collazione magistrale che si farà nel suo ufficio!

Le controversie alle quali accenna il primo capoverso dell'articolo 918, vengono posteriori alla *collazione*, sono suscitate dal confronto intorno al quale non avete potuto intendervi, cosa che non pare credibile, col depositario del documento. Se non c'è lite pendente, fate un'istanza al presidente del tribunale(**), stragiudiziale, *in via di ricorso;* l'ordinanza del pretore che va a notificarsi al notaro, o altro pubblico depositario (***), contiene le *ingiunzioni* dichiarate nell'articolo.

Se *l'atto è prodotto in giudizio* (cioè la copia della cui autenticità o conformità si dubita) e la *collazione* sia domandata da taluna delle parti come mezzo di verificazione, vi ha qualche cosa di diverso rapporto all'esercizio o movimento, se così voglia dirsi, dell'autorità: il verificatore è sempre il pretore medesimo, ma riceve autorità *o da se stesso, o dal presidente del tribunale*, o *dal presidente della Corte*, secondo lo stato graduale della causa. Da ciò si scorge che in qualunque stato della causa può domandarsi una verificazione che davvero può inchiudere il più serio interesse (****). E qui ho bisogno d'interporre alcune considerazioni.

La legge non parla mai che di *collazione* e ne descrive le formalità. E sembra con ciò aver provveduto ad ogni bisogno della giustizia. In fatto di documenti possono sorgere le questioni più delicate. Un O invece di un E, in una formula testamentaria, decide di un immenso patrimonio e della grandezza di una casa. Una *virgola* fa cangiare il senso del discorso, o produce risultati diversissimi. Si sostiene che la copia non è conforme all'originale: *è mestieri collazionarla*. Il dubbio sarà chiarito; si apprenderà dal confronto se la copia è fedele. Siamo già sul sentiero della verità. Ma i giudici vogliono anche vedere da sè, leggere coi proprii occhi; appagare questo bisogno della loro coscienza.

Quanto alle *scritture private* troviamo che esse si producono *originali*. Di *originali e di copie* tratta l'articolo 167; e l'articolo 419 dispone, rapporto a cause pretoriali, che *le scrit-*

(*) Io non credo che questa disposizione sia possibile ad applicarsi a un certificato, per esempio, del conservatore delle ipoteche, affinchè sia lecito alla parte di riscontrare partita per partita sui registri, le iscrizioni delle quali si dichiara la esistenza.

(**) « Nella cui giurisdizione il depositario esercita le sue funzioni » (articolo 814).

(***) Ciò non è applicabile riguardo al cancelliere. — *V.* appresso.

(****) Quando nasce la contestazione fra le parti, quando la copia autentica è impugnata, come non conforme all'originale, è allora che la verificazione diventa veramente necessaria.

ture originali possono comunicarsi per copia; il pretore però ne fa il riscontro (collazione) in presenza delle parti. Questo metodo sembra speciale alle cause dei pretori; ma due cose importanti vanno a stabilirsi: 1° Che le scritture private, a differenza degli atti pubblici, si producono in originale; 2° Che gli originali devono permanere nella cancelleria, o almeno essere presentati al giudice nell'atto della decisione (non parliamo dell'obbligo di esibire l'originale se la scrittura passa sotto un'impugnazione di falso, per render conto di sè alla giustizia (articolo 301).

Siamo pertanto ricondotti a dire che la *collazione*, per quanto è sistemata nel titolo presente, non si effettua che *in ordine all'atto pubblico, il cui originale esiste nel competente ufficio.*

Ma si è avvertito superiormente che la collazione, in casi delicatissimi, può lasciare nei giudici il desiderio di vedere la matrice cogli occhi proprii. Aggiungo, che vi sono momenti nei quali questa veduta, questo giudizio dei sensi, sembra indispensabile; e niuna rappresentazione essere sufficiente, come non ve n'ha alcuna che basti a soddisfare la coscienza del giurato, che vuol vedere gli abiti insanguinati o la cambiale incriminata di falso. Io ho dovuto apprezzare questo bisogno dello spirito in tali cause testamentarie ove la nullità dell'atto dipendeva dalla forma dell'involucro, dalla piegatura della carta, dalla posizione dei sigilli (*). Ecco una specialità nella quale la *collazione non suffraga;* e il giudice può ordinare che sia recato negli atti l'originale.

Una volta che il documento pubblico è prodotto in originale, esso diviene materia legittima alle convinzioni del giudice; il giudizio degli occhi si fa giudizio dell'intelletto, assumendo forma razionale, e motivo legittimo di sentenziare quando viene a collegarsi logicamente col problema giuridico che si deve risolvere.

3. Torniamo alla collazione.

Il secondo capoverso dell'articolo 918 avvisa alla collazione che deve farsi di *atti prodotti in giudizio*, e dichiara quale sia l'autorità incaricata di questa funzione.

La redazione non è molto chiara. Si comincia a porre come cosa certa e indispensabile la *delegazione.* Che un giudice singolare debba procedere a questo esame, fuori dell'aula del tribunale, si comprende; ma si resta un poco in dubbio se vogliasi sempre delegare il pretore, e come non possa delegarsi un giudice dello stesso tribunale. Noi preferiamo il pretore. Quel pretore che ha una specie di universalità giurisdizionale nei fatti locali; quel pretore che, essendo delegabile, secondo il precedente comma dell'articolo, sembra doversi nello stesso conto tenere dal presente; e forse tale intelligenza si aiuta da quel modo determinato — *la delegazione*, ecc. — alludendo a quella prima proposta. La varietà sarebbe solo nella magistratura delegante. Ma che si è inteso colla frase *la delegazione è fatta dal pretore*, mentre seguitando si dice che *lo stesso pretore procede alla collazione?*

La spiegazione è questa. La lite può essere pendente avanti un'autorità giudiziaria altra da quella del luogo ove si trova l'uffizio in cui si guarda il documento originale. Anzi può contarsi fra i casi frequenti, non avendo la posizione dei luoghi la menoma attinenza col giudizio. Un notaro di Bologna riceveva il testamento di Pietro che passando per quella città vi depose la vita. Ma gli eredi abitano in altro paese d'Italia. Un legatario creditore di somma inferiore a L. 1500 citava al pretore locale; questi, vista la necessità *di collazionare la copia del testamento che è stata prodotta*, delega il pretore di Bologna.

Articolo 919.

Il pretore stabilisce con decreto il giorno e l'ora dell'accesso. Se vi sia stata delegazione, il decreto si scrive in fine di quello dell'autorità delegante. In entrambi i casi il decreto si deve notificare al depositario almeno un giorno prima dell'accesso, nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Il cancelliere fa risultare di ogni cosa per mezzo di processo verbale, che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, del giorno, dell'ora e del luogo;

2° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza dell'istante e delle altre parti intervenute;

(*) V. l'articolo 783 del Codice civile.

3° Il nome e cognome del pretore procedente, e del cancelliere;

4° La data del decreto che ordinò la collazione e che stabilì il giorno e l'ora per procedervi;

5° Il nome, cognome e la residenza del depositario, e la data della notificazione al medesimo del decreto che stabilì il giorno e l'ora della collazione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal depositario, dal pretore, e dal cancelliere.

Le spese dell'accesso del pretore e del processo verbale sono anticipate dalla parte istante, salvo a provvedersi per il rimborso davanti il presidente o pretore che ordinò la collazione.

Annotazioni.

Non essendo in questo articolo indicata altra autorità che quella del *pretore*, ciò conferma la spiegazione data al capoverso 2° dell'articolo 918.

Sogliono presentarsi in serie le formalità dei processi verbali; ma d'ordinario non si favella del loro contenuto, che è il sostanziale. È di tutta necessità che il verbale contenga il fatto e le circostanze della verificazione e l'esito del riscontro; senza ciò, con tutto il rispetto delle forme estrinseche, non esisterebbe il processo verbale.

Se il processo verbale fosse confuso, ambiguo e non soddisfacente, io non dubito di dichiarare che il collegio può richiamare a sè il documento originale; e in certi casi di non facile lettura commetterne l'esame a periti.

Articolo 920.

Quando le contestazioni riguardino le copie o gli estratti indicati nell'art. 916, il ricorso si deve presentare al pretore o al presidente del tribunale o della corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni.

Il presidente o il pretore, chiamato il cancelliere o depositario, stabilisce con decreto il giorno e l'ora in cui procederà alla collazione. Il presidente può delegare all'uopo uno dei giudici.

Il presidente o il pretore nomina un notaro o altra persona, che possa fare legalmente le veci di cancelliere, per assistere alla collazione e farne processo verbale.

Annotazioni.

Proseguendo il tema, le *contestazioni* quivi accennate sono pur esse relative alla *collazione*. Vi è dunque qualche cosa di speciale nella procedura per quei funzionarii *che hanno una posizione permanente di dipendenza da una magistratura giudicante;* è ad essa che denno rispondere di un'azione poco degna di encomio, quella di porre ostacoli al corso della giustizia, rifiutando il debito d'ufficio. Pertanto le disposizioni degli articoli 918 e 919 non riguardano questa specie di funzionarii pei quali è scritto l'articolo 920.

Formuliamo i diversi casi:

Se la contestazione sorga con depositarii non compresi nell'articolo 916, ma fuori di giudizio, il ricorso si fa al presidente del tribunale civile che delega il pretore;

Se la contestazione si forma in corso di giudizio, il ricorso si porge al pretore; al presidente, se la lite pende avanti un collegio;

Se la contestazione è con un funzionario della classe di quelli accennati nel presente articolo, il ricorso è fatto alle autorità a cui serve e da cui dipende.

È solo in questo caso che può farsi luogo alla *delegazione di un giudice*. Questo regolamento, per quanto curioso di minuzie, lascia fuori, se il presidente del tribunale o della Corte non possa anche sbrigare la faccenda da sè, chiamando il cancelliere ed esaminando l'atto. Bisognerebbe essere ultraformalista per negarlo.

Neppure si dice che sarà per farsi se il dibattimento si sollevi avanti un'autorità giudiziaria che non sia quella *presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni.*

Digitized by Google

Io non credo per certo che la suddetta autorità mantenga la giurisdizione che le conferisce l'articolo 920. Il cancelliere funziona presso il tribunale di San Miniato. In una causa d'appello avanti la Corte di Firenze si produce una sentenza spedita dall'indicato cancelliere, spedizione che viene impugnata perchè si pretende non conforme al suo originale. Niuno dirà che il ricorso debba esser porto al presidente del tribunale di S. Miniato. Anzi non ci sarà ricorso; ma si farà un incidente avanti la stessa Corte d'appello, che delegherà all'esame il pretore locale.

Intanto al funzionario è riservata un'altra umiliazione. La imperfezione della copia non si parifica al rifiuto; non lo sottopone alle sue conseguenze, deve ritenersi errore; dolo non mai, se non provatissimo. Contuttociò non può neppure assistere al fatto suo; la presenza di un magistrato non è garanzia bastante; e gli è surrogato *un notaro* o *un'altra persona!*

TITOLO XI.

DEL SEQUESTRO E DELLA DENUNZIA DI NUOVA OPERA O DI DANNO TEMUTO

CAPO I.

DEL SEQUESTRO

SEZIONE I.

Del sequestro giudiziario.

Articolo 921.

Oltre i casi indicati nell'articolo 1875 del codice civile, l'autorità giudiziaria può, sulla domanda della parte interessata, ordinare il sequestro di una cosa mobile o di un immobile, quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento.

Annotazioni.

1. *Disposizioni dei Codici.*

Oltre i casi stabiliti dal Codice di procedura civile, dice l'articolo 1875 del Codice civile « l'autorità giudiziaria può ordinare il sequestro: 1° di un immobile o di una cosa mobile, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone; 2° delle cose che un debitore offre per la sua liberazione ». Il Codice di procedura, esordendo colla stessa formula, mostra di aggiungere anch'esso qualche cosa al Codice civile, e *parla di pericolo di alterazione, sottrazione, o deterioramento.* Ha cura di dichiarare che questo è il sequestro che chiamasi *giudiziario*, a differenza di un altro sequestro che chiamasi *conservatorio*, ed è materia della Sezione seguente.

2. *Generalità teoriche.*

La lite produce in determinate circostanze *una condizione d'indisponibilità*, che è la conseguenza di un diritto opposto, che anche prima di essere definito è forte abbastanza per reclamare delle guarentigie legali.

Questa nozione si dimostra coll'analisi dei suoi elementi.

Ma per ben comprenderla è necessario ri-

cercare le diverse maniere per cui si manifesta la forzata indisponibilità di cui parliamo.

« La proprietà è il diritto di godere e di-
« sporre delle cose nella maniera più asso-
« luta », definisce l'articolo 436 del Codice civile. Ma segue bentosto e quasi senza prender fiato, *purchè se ne faccia un uso non vietato dalle leggi e dai regolamenti.* LA LIBERTA' NEL DIRITTO: è la vera formula ideale fondata nella realtà.

Il diritto di proprietà vacilla, per così esprimermi, nella nostra mano quando un altro diritto che reclama quella stessa facoltà vi si approssima, e in certo modo l'abbraccia nelle sue spire. L'ipoteca affligge e mortifica la nostra proprietà stabile; ne attenua il sentimento, il valore e l'uso. Tutto ciò non è però il *sequestro;* perchè il mezzo con cui il diritto è infisso sulla nostra proprietà è così potente che basta per se solo a produrre tutto l'effetto necessario. L'ipoteca circoscrive la disponibilità, ma non la toglie: è questa la suprema distinzione che ha dal sequestro. Nell'estrinseco, il sequestro richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria: ed è questa la seconda nota di distinzione, ugualmente caratteristica.

Volendosi delineare una teoria, ritenuta l'idea fondamentale *di una indisponibilità che si genera dalla lite e si decreta dal giudice*, bisogna tener in vista la sua duplice e diversa manifestazione che tecnicamente si divide in *sequestro* ed *inibizione*, dal carattere positivo e dal negativo: il *sequestro* apprende una cosa e la ritiene sotto la podestà del giudice; la *inibizione* non è che un limite nell'uso della proprietà, giustificato dall'abuso; abuso che minaccia l'altrui diritto (*).

Ciò che dobbiamo eliminare assolutamente dalla teoria, è quello che abbiam chiamato e chiamiamo ancora *sequestro esecutivo.* La confusione che per esso soleva introdursi nell'ordine dei sequestri propriamente detti, è stata al possibile evitata dal Codice odierno, che sembra essersene così sgomentato che ha collocato il *sequestro* e la *inibizione* ad una tale distanza e nelle ultime linee dell'opera, quasi a dimostrarne l'assoluta indipendenza, benchè sulla economia di questa distribuzione resti molto a dire.

Il *sequestro esecutivo* è una delle forme del genere *esecuzione*, e appartiene alla famiglia delle *esecuzioni mobiliari.* Il nome di *sequestro* è stato soppresso, surrogandovi la parafrasi seguente, *pignoramento dei beni mobili presso terzi*, ecc. (Libro II, Titolo I, Capo III). Tuttavia la sua natura di sequestro non può cancellarsi, essendo reale; e noi abbiamo spesso usurpato questo nome, senza improprietà, giova crederlo. Per accennare a tratti comuni e a tratti differenziali, diciamo che *il sequestro è inibizione e vincolo alla libera disponibilità* (**): l'oppignoramento dei beni mobili è pure una inibizione e un vincolo al disporre che colpisce nello stesso tempo il debitore, e il debitore del debitore. Ma esso è il portato di un titolo esecutivo; il suo oggetto non *ad conservandum*, ma *ad satisfaciendum*; laddove il carattere generale del sequestro propriamente detto è *preventivo* e *conservatorio* (***).

Risalendo alla giurisprudenza classica, noi vi troviamo il doppio senso della *sequestratio*, ma le sue caratteristiche si mantenevano distinte. Troviamo nella Legge unica Cod. de prohib. sequestr. pecun. vietato il sequestro preventivo come quello che, anticipando sulla verità del giudizio, produceva gravame indebito al reo. « Quoties ex quolibet contractu
« pecunia postulatur, *sequestrationis necessitas*
« *conquiescat. Oportet enim debitorem primo*
« *convinci et sic ad solutionem pulsari* ». Evidentemente qui si tratta del sequestro esecutivo. Tuttavia il *sequestro giudiziario* era pure ritenuto nella pratica costante, e senza arguirsi da principii e da regole, la sua adozione risulta da molte decisioni di quella giurisprudenza. Tali sono i frammenti 13 § 2 de usufr. et quemadm., 21 § ult. de appell., 22 § 8 solut. matrim.; Leg. 5 Cod. quos appell. non rec. etc. Il pericolo di dilapidazione, di fuga del debitore, la violenza e così via, motivavano i sequestri conservatorii che niuna delle istituzioni moderne ha rifiutati, saviamente adoperando per meglio determinarne *a priori* l'applicabilità, lasciando al giudice tutta quella parte di arbitrio ragionevole che è nell'ordine dei fatti e delle circostanze.

L'esperienza, che è il supremo fra gl'istrumenti dell'analisi, ha fatto emergere delle distinzioni di cui i legislatori vengono approfittando.

(*) L'indole dell'azione inibitoria sarà meglio spiegata al seguente Capo II.

(**) Parlando più espressamente al Capo II della inibizione faremo le opportune distinzioni.

(***) I Francesi non conoscono che la *saisie-arrêt*, che talora si confonde col *dépôt judiciaire*. Nondimeno, in relazione all'oggetto, ora è *sequestro pignoratizio*, ora *sequestro reale*, o *in mano terza* (POTHIER, *De la procédure*). Il sequestro esecutivo nel sistema francese ha pure una mistura di conservatorio, come ci sembra di aver rilevato a suo luogo; l'odierno italiano ha avuto in mira di purgarlo da questa amalgama, onde il concetto del *sequestro* proprio è uscito più schietto e preciso.

Ora per la prima volta abbiam messo in luce la separazione del *sequestro giudiziario* e del *sequestro conservativo*.

Il *sequestro giudiziario*, soggetto della presente Sezione, come il *conservativo*, materia della seguente, è sempre ordinato dal magistrato ad istanza di parte; il magistrato non procede mai spontaneo e per ufficio. La distinzione non può esser desunta che dall'*oggetto*. *Conservare la cosa che è l'oggetto della lite*, è questa la missione del *sequestro giudiziario*. Nei termini del nostro articolo 921 il magistrato *può ordinare il sequestro di una cosa mobile o immobile, quando siavi pericolo di alterazione*, *sottrazione*, o *deteriorazione*. Ecco l'oggetto. Non altrimenti si dirà dell'art. 1875, nº 1, del Codice civile, che verremo più avanti esaminando (*). Il *sequestro conservativo* è nell'interesse diretto, immediato del creditore, non nell'interesse di amendue le parti e della giustizia quale il *giudiziario* (**). È facile il vedere che il carattere conservatorio è comune alle due specie d'altronde tanto affini. Invero l'elemento conservatorio anche nel *sequestro esecutivo* esiste, ma secondario in relazione all'oggetto; e *piuttosto mezzo che fine* (***). In amendue le specie che veniamo considerando, il *fine immediato* è la custodia e conservazione, colle differenze sopra notate non meno delicate che vere.

Già che siamo sul distinguere, proseguiamo. *Vi è differenza e quale fra sequestro giudiziario e deposito giudiziario?*

L'epigrafe della Sezione alla quale appartiene l'articolo 1875 del Codice civile (Sezione III, Capo II, Titolo XVIII, Libro III) sembra averli per sinonimi, così leggendo: *Del sequestro o deposito giudiziario*. POTHIER ed altri scrittori hanno rilevato notevoli differenze *fra sequestro giudiziario e deposito giudiziario*. E l'illustre PISANELLI scriveva nel *Commentario al Codice sardo* (vol. V, part. II, pag. 59): « Il *sequestro giudiziario* ha luogo quando « viene controversa la proprietà di una cosa; « il *deposito giudiziario* si applica quando non « havvi questione di proprietà o di possesso, « ma per altra ragione la cosa vuol essere « ugualmente assicurata, come nel caso della « nomina di un guardiano, di un custode, di « un amministratore, ecc. ». Onde nel deposito *il possesso rimane nel deponente* (****), diceva il FABRO (l. VIII, tit. 3, def. 16): il sequestro priva del deposito. Ma noi per livellarci al sistema dell'attuale legislazione dobbiamo proporre altre divisioni.

Il *deposito* e il *sequestro* sono istituti diversi (Titolo XVIII suddetto, epigrafe *del deposito e del sequestro*). Il Capo I tratta del *deposito propriamente detto*; la Sezione V dello stesso Capo I, *del deposito necessario*. Poi viene il sequestro (Capo II). Il sequestro è di due maniere, *convenzionale* (Sezione II) e *giudiziario* (Sezione III). Il *deposito giudiziario* è la terza specie dei depositi considerata dal Codice, ed assorbe la distinzione di POTHIER o de' suoi interpreti, per quanto fondata in logica. Esso è confuso, come l'epigrafe insegna, collo stesso sequestro giudiziario. Il sequestro giudiziario, a differenza del *conservativo*, trasporta il possesso nel giudice; nel conservativo si verifica il vincolo. Essere sequestrata la cosa vale di conseguenza essere *depositata* in mano al giudice, e questo basti in onore del tecnicismo.

3. *Esame specifico.*

a) Sequestro giudiziario della cosa mobile.

Non può incontrarsi intorno a questo seria difficoltà. È palese che l'articolo 921 della procedura illustra il 1875 del Codice civile che manca di motivi, e non potrebbe avere un'applicazione pratica abbastanza sicura. La lite, la lite senz'altro, non darebbe al giudice autorità di passare al sequestro sulle più insistenti domande di una parte. Vi dev'essere una ragione che, separandosi dal merito della contestazione, riguardi la cosa stessa o l'oggetto del litigio, secondo la nozione che si è data. Le condizioni sono enunciate: *quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione, o deteriorazione* (*****).

In ordine a cose mobili la significazione di codeste cause non può esser dubbia. Vedesi per altro che cause consimili si ripetono nel sequestro conservativo. « Il creditore che ab- « bia giusti motivi di sospettare della fuga del « suo debitore, *di temere sottrazioni*, ecc. » (articolo 924). Se non che per mantenere la distinzione che oggi è posta per la prima volta in rilievo dalla procedura, convien dire che quando la cosa è in pericolo piuttosto pel suo stato di esposizione e di abbandono, che per

(*) V. appresso, nº 9, *Esame specifico*.

(**) In pratica le differenze possono scomparire o non trovarsi più così precise, come in breve vedremo.

(***) Il vincolare le somme *è mezzo a conseguire la soddisfazione* coll'impedire il debitore di ritirare il danaro e disperderlo. Ma ciò che più distingue il sequestro esecutivo dal conservatorio, e non si confonde in queste poco discernibili gradazioni, gli è appunto il suo carattere esecutivo.

(****) E deve sempre intendersi nel deposito *proprio*, non nell'improprio.

(*****) Questo ben prova che il *sequestro giudiziario* non richiede, come sua condizione, *la controversia sulla proprietà o sul possesso*.

Digitized by Google

qualche insidia o mal uso del debitore, si operi il *sequestro giudiziario*. Un oggetto prezioso non è ben guardato nella stanza dove si trova, e posso anche supporre un luogo terzo; un quadro di costo giace in luogo umido, e deve trasportarsi in altro più acconcio; gli animali sono allogati in una stalla attaccata da infezione: senz'affermare diritti per veruna delle parti, la paterna cura del magistrato soccorre all'interesse di tutte.

Non porrò come una delle condizioni del sequestro giudiziario *che la cosa*, oggetto del litigio, *sia fuori del possesso del convenuto*: la legge non pone questa condizione, ed io non ve l'aggiungo; posso bensì supporre un possesso negligente, incauto, di maniera che sia permesso di chiedere una migliore custodia alla provvidenza del tribunale. Il convenuto che deve consegnarmi dei cavalli, a me legati dal suo autore, forse prevedendo il mal esito della lite, li lascia andare sciolti per la campagna, con evidente pericolo di depredazione (sottrazione). Può aver luogo il sequestro giudiziario come di cosa incustodita ed esposta. Se i cavalli fossero tenuti in buona custodia dall'erede, debitore del legato, potrei valermi piuttosto, quando fosse luogo, al *sequestro conservativo*, giusta il seguente articolo 924.

Vi è un altro carattere distintivo forse più rilevante di quelli fin qui percorsi. Il *sequestro giudiziario* ha per oggetto *una cosa materiale, un corpo determinato*. Il *sequestro conservativo* può riguardare un insieme di cose, i mobili del debitore, le sue ragioni di credito. Oltrechè *non è l'interesse della esistenza o integrità della cosa* che muove il tribunale, *ma quello del credito e del diritto*, manca quella circoscrizione e definizione di un corpo specifico e determinato al quale si applica, come in suo fine speciale, la cura del magistrato in ordine al *sequestro giudiziario*.

b) Sequestro giudiziario degli immobili.

Qui il tema è alquanto più arduo.

Il ZACHARIA ha detto con quella sua incisiva brevità: « I tribunali sono autorizzati ad « ordinare il sequestro di una cosa che formi « l'oggetto di una istanza giudiziaria, *quante « volte la conservazione dei diritti delle parti « loro sembri esigere siffatta misura*, e special- « mente 1° allorquando la proprietà di una « cosa è contestata, e vi è pericolo per colui « che la rivendica a lasciarla nelle mani della « parte che la possiede (*); 2° quando es- « sendo contestato lo stesso possesso, non vi « abbiano sufficienti motivi per attribuirlo al- « l'una delle parti, anzichè all'altra (§ 409). È un riferimento all'articolo 1961, n° 2, del Codice napoletano, al quale è conforme l'articolo 1875 del Codice italiano.

Una dottrina esposta in termini sì generali può esser buona come teoria; ma essendo poco più che una parafrasi della legge, che ormai vedremo come sia scarsa, ben poco profitta a quei problemi che la pratica ha bisogno di sciogliere.

Si è osservato in principio di questo commento, che il Codice civile e quello di procedura offre ciascuno per conto proprio specie distinte *di sequestro giudiziario*, con vicendevole riserva di non pregiudicarsi, così apertamente mostrando che la disposizione di procedura, quantunque posteriore, non è punto una riforma e neppure uno schiarimento di quella del Codice civile.

Fermiamoci prima sulla legge di procedura. Può essere sequestrato un immobile quando siavi pericolo di *alterazione, sottrazione, o deteriorazione*.

Il testo suona così, questo è il suo dettato materiale; ma è facile vedere che dei tre predicati che qui si enunciano, il secondo non può assegnarsi che a cose mobili. Una cosa mobile può aderire ad un immobile e formare con esso un complesso giuridico, ossia può considerarsi immobile per destinazione, ma in tal caso non si direbbe che il sequestro giudiziario *cade sull'immobile*. Se gli animali da tiro fanno parte della possessione, una volta che sia minacciata la loro esistenza ed il sospetto della loro *sottrazione* spinga a porli sotto sequestro, sono considerati nella loro propria natura di cose mobili, e cessa la finzione dal momento che non sono sequestrabili coll'immobile, ma si sequestrano separatamente.

Resta il pericolo *dell'alterazione o deteriorazione*.

Ci sarebbe assai poca proprietà di termini nel dire che un immobile può essere soggetto *ad alterazione*. Pur questo dovrà reputarsi un pericolo delle cose mobili, di quelle sostanze specialmente che hanno qualità chimiche le quali facilmente si trasformano, o naturalmente o per arte ed inganno. Del resto il vocabolo *deteriorazione* può bastare alle temute vicende dell'immobile.

Appurando pertanto la locuzione testuale, si conclude *che l'immobile potrà essere sottoposto a sequestro giudiziario quando vi sia pericolo di deteriorazione*.

È manifesto che questa causa di sequestro

(*) A questo, rispetto a cose mobili, può valere l'esempio che testè abbiamo dato.

non è precisamente quella recataci dall'articolo 1875 del Codice civile, che è semplicemente *una controversia di proprietà* o *di possesso fra due o più persone* (*).

Una controversia, solo per essere una controversia, non sarà mai un motivo ragionevole ed onesto di un sequestro giudiziario. Difendersi in giudizio da una pretesa di possesso, da una pretesa di rivendicazione, è un diritto; e l'interdetto non può stare sulla punta di una citazione. Ma forsechè il sequestro giudiziario vuol surrogare gl'interdetti? Tanto più ch'esso estende la sua possanza sino *alle controversie di proprietà?* Tanto è lontano che possa mai avvenire tal confusione, che conviene anzi molto guardarsi dall'offendere l'istituto possessorio e i rimedi che vi sono inerenti (art. 694, 695, 696, 697, ecc. del Codice civile): una delle parti più insigni e meglio sistemate di tutto il Codice. La conseguenza che si deduce da questo discorso ella è: che il contenuto dell'articolo 1875 del Codice civile è tutt'altro da quello dei citati articoli, e per attribuirvi un senso netto, un senso pratico e preciso, è d'uopo ideare una combinazione diversa onde sia una cosa reale e suscettiva di applicazione.

È d'uopo che la controversia produca qualche cosa di *étrange*, qualche cosa di veramente pericoloso, onde uno dei litiganti sia privato del suo possesso, e questo possesso sia trasportato, o se vuol dirsi, *depositato* in mano al giudice (**). Dico *possesso*, avvegnachè la legge favelli di proprietà; ma la proprietà è una idea e non potrà mai essere oggetto di un sequestro.

Qui potrà giovare il portare uno sguardo sullo stato della giurisprudenza anteriore al Codice Napoleone, che nell'articolo 1961 pose questo dogma del sequestro giudiziario senza spiegarlo; articolo ricopiato dai Codici successivi, compreso il Codice italiano, e tolto alla lettera come quello che fu giudicato irreprensibile. Se il Codice Napoleone prese a buona guida POTHIER, questi a sua volta fu l'interprete più popolare e più sincero del diritto romano.

Nelle fonti troviamo primieramente che *il pericolo delle risse*, di una presa d'armi, di una violenza, è ragione perchè il giudice si rechi egli stesso in mano la cosa controversa (Leg. si ususfructus 16 de usufr. et quemadm.) (***). Le prammatiche svoltesi dal diritto romano, attraversando epoche di anarchia sociale, fra gente sempre disposta a farsi giustizia da sè, poterono fondarsi in quella grande autorità, mentre i possessi mal definiti e contrastati tiravano a scandali di cui la civiltà ha fatto perder la traccia; e la teoria del sequestro giudiziario ebbe appunto la sua principale applicazione in fatto di possessi. Il possesso detto *sommarissimo* nacque da questo, dal bisogno di far presto, di decidere in un modo qualunque, ma di decidere. I fecondi scrittori di *rimedi possessorii* lo ripetono di continuo (MENOCHIUS, *De adipisc. possess. remed.*, VI, n° 32, et de retin. remed. ultim., n° 45; SCACCIA, *De appellat.*, cap. II, quest. 17, limit. 6, membr. 2; POSTHIUS, ecc.). Venendo a tempi più prossimi, si legge nelle RR. Costituzioni del Piemonte (lib. III. tit. 2, n° 3): « Potrà anche procedersi « al sequestro nei casi dalla legge permessi, « come quando controvertendosi il possesso di « qualche cosa immobile, *può temersi che le « parti vengano alle armi ed all'atto della vio- « lenza*, oppure trattandosi di cosa mobile, la « persona che la tiene sia sospetta di fuga o « di poterla occultare »

Si è detto che la civiltà dei tempi abborre dalla violenza e rigetta insieme siffatti rimedi (TROPLONG, *Du dépôt et séquestre*, n° 287; *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. 2, pag. 60). Credo di poter rispondere, accettando l'encomio della civiltà o de' suoi benefici influssi, che per quanto l'evento sia straordinario, è possibile; che i possessi di fatto essendo in tutti i tempi materia astrusa e piena di contenzioni, non vi è poi nulla che contrasti ai nostri ordini legislativi, se nella difficoltà di delineare il possesso di fatto conteso da molti, non potendosi senza pericolo farvi riposare l'uno o l'altro dei contendenti, il giudice nomina un amministratore, un custodo che renderà conto a chi di ragione, ed ecco *il sequestro giudiziario*.

Pertanto se il sequestro giudiziario ha forse la sua principale espressione *nei giudizi possessorii*, non sarebbe nella competenza pretoriale, e implicitamente contenuto nell'art. 82?

(*) Non parlo del n° 2, che si fonda *in un fatto di offerta del debitore*, ed è molto prochiva a confondersi colla offerta reale. Discorrendo però della offerta reale, si è mostrata possibile la sua esecuzione in giudizio.

(**) « Le séquestre d'une propriété, *étant une mesure « extrême*, qui prive le propriétaire, pour un temps in- « déterminé, de l'exercice et de la jouissance des ses « droits, ne doit être prononcé par le juge *que dans « cas très-graves*, tels que celui où la propriété étant « contestée, *son exercice pourrait présenter du danger « et des chances telles que le dommage deviendrait irré- « parable* » (Cour de Liège, 17 juillet 1883, *Journal de Bruxelles*, pag. 491).

(***) « Cur enim inquit Julianus, ad arma et rixam pro- « cedere patiatur prætor quos potest jurisdictione sua « componere? »

Il n° 2 di quell'articolo nulla spiega e tutto dice — *le azioni possessorie* — nella qual formula è compresa ogni maniera di azioni possessorie considerate dal Codice, e ogni rimedio che a quella combinazione appartiene, non escluso *il sequestro giudiziario*. Esso diventa un provvedimento come un altro, che eziandio per ragione di competenza dipende da quello del giudizio principale a cui si attiene; quindi come il pretore può risolvere l'assegnazione del possesso, così *può interinalmente nominare un sequestratario giudiziale sui fondi di cui si controvertono i confini* o *si dibatte l'uso e il godimento di fatto*. E con serio proposito facciamo questa interessante addizione all'articolo 82.

Ma l'articolo 1875 del Codice civile accenna anche *alle contese di proprietà*, e qui invero il sequestro giudiziario è un concetto difficile. Il possesso può essere o non involto nella questione di proprietà; ma il sequestro cade sempre sul possesso. « Non solet sequestratio, « ammoniva il Fabro, per judicem decreta « possessionem eripere possessori, si ex ca « sequestratione fiat ut possessor privetur « fructu et commodo suæ possessionis, *spo-* « *liatus videbitur* (*quia videtur judex hoc casu* « *animum spoliandi habuisse*), et consequen- « ter iisdem actionibus et remediis utetur ad « suam possessionem recuperandam, quibus « uti posset si ab adversario ipso spoliatus « proponeretur » (Ad Cod., lib. VIII, tit. 3, def. 16). Queste parole del sommo giureconsulto sembrano pronunciare la condanna del sequestro giudiziario nelle contestazioni di proprietà.

Nondimeno per quanto al giudice sia necessario il tatto della moderazione e della prudenza per discendere a tali misure, la legge può bene operare *tempore congruo*, a queste due condizioni: 1° che colui a danno del quale si ordina il sequestro giudiziario dell'immobile si ravvisi mancante di buone ragioni; 2° se abusi, o si abbiano motivi per sospettare ch'egli sia per abusare della cosa litigiosa; osservando inoltre che il sequestro potrebbe cadere sui mezzi, sui documenti, per esempio, sulle carte che interessano la questione della proprietà (*).

L'articolo 921 della procedura non è limitativo del 1875 del Codice civile, lo ripetiamo; contiene un fatto che giustifica il sequestro giudiziario; nulla toglie all'ampiezza dell'altra legge. Ma perchè non si veggono prescritti limiti all'articolo 1875, esso è forse illimitato? L'ordinanza del 1667, non tracciando ipotesi di sorta, legava però l'arbitrio del giudice alla ferrea condizione della necessità: « Les sé- « questres pourront être ordonnées d'office « (ora non più d'ufficio) en cas que les juges « estiment *qu'il y a nécessité de les faire* ». Ciò che vi aveva, e vi ha ancora, d'illimitato è il sentimento delle necessità; sindacabile però e corretto dalla ragione. Osserva Troplong (*Du dépôt et séquestre*, n° 297) che la giurisprudenza del sequestro giudiziario si è venuta gradatamente fissando sulle controversie *relative alla rescissione della vendita, o alla risoluzione di essa per non pagato prezzo*. Può aggiungersi che qualche specie di sequestro giudiziario è determinata dal Codice civile; tale è il caso dell'usufruttuario che non può dar cauzione (articolo 498, 499).

E questo caso ci riconduce ad una applicazione fra le più comuni dell'articolo 921 della procedura. Se l'usufruttuario *deteriora* e impoverisce con manifesto abuso del suo diritto l'immobile usufruito (dicasi ugualmente dell'affittuario), potranno i beni assoggettarsi a sequestro giudiziario.

Articolo 922.

Quando le parti non concordino nella nomina del sequestratario, la nomina è fatta dall'autorità giudiziaria che può anche nominare quello dei contendenti che offra maggiori guarentigie o dia cauzione.

Annotazioni.

1. Una breve ricerca sulla competenza.

Se il sequestro giudiziario è una di quelle misure che sogliono adottarsi in pendenza di un giudizio, come parrebbe desumersi dall'articolo 1875 del Codice civile, n° 1, è semplice a dire, che il magistrato della causa principale è rivestito eziandio della cognizione incidente.

Resta però a vedere, *se lo stesso sequestro*

(*) Il Fabro rammenta un caso deciso dal Senato di Piemonte, nel quale obbligò una parte *a depositare tutti i documenti e atti relativi a una donazione controversa*, che equivale ad un sequestro giudiziario (In Cod. lib. IV, tit. III, defin. 1; *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. II, n° 62.

giudiziario non possa essere l'oggetto di una domanda principale.

Notava il TROPLONG (*Dépôt et séquestre*, n° 297, 298) che la giurisprudenza ne offre qualch'esempio; ma egli crede non doversi ammettere che come rara eccezione, e con ciò sembra convenire nel principio che il sequestro giudiziario si genera da una controversia pendente. Il PISANELLI nel *Comment.* (vol. V, p. II, p. 64) esprime questa opinione in un modo più generale. « Le parole della legge, egli dice, « sembra che presuppongano un giudizio pen- « dente, ma crediamo doversi preferire una « contraria interpretazione ». Invero la legge non prescrive quale condizione una lite pendente; ma la controversia può sorgere, io prevedo, dalla stessa domanda.

Questa che io espongo può dirsi un'opinione media. Io non ammetto la necessità di un giudizio principale precedente; ma non ammetto neppure che possa farsi una domanda di sequestro giudiziario isolatamente da un'azione principale. Il sequestro giudiziario non può stare come oggetto a se stesso, come proprio fine; non è mai che un mezzo, e sempre un mezzo, altrimenti sarebbe indefinito e senza un esito al quale doversi riferire. Nel caso, che è uno dei più spiccati, del proprietario che preme colla domanda di un sequestro giudiziario sull'usufruttuario che manometto la sostanza, egli spiegherà contemporanea l'azione di decadenza o di privazione del diritto di godere, che ne formerà l'oggetto, mentre intanto l'amministrazione giudiziale sarà la guarentigia del diritto reclamata dalla urgenza delle circostanze. Insomma *la domanda del sequestro sarà o incidente* o *contemporanea della domanda principale.*

Con questo si risolve facilmente la questione della competenza. Male potrebbe definirsi la competenza se l'oggetto principale fosse lo stesso sequestro, ma è pronto il concludere ch'essa sarà determinata dall'azione principale, in ragione della qualità dell'azione medesima combinata col valore.

2. Il tenore dell'articolo 922 conferma che il sequestro non è altro che l'amministrazione giudiziaria che può esercitarsi anche da un sequestratario convenzionale.

Articolo 923.

La consegna della cosa mobile o dell'immobile al sequestratario si fa dall'usciere, osservate le disposizioni degli articoli 742 al 749 inclusivamente, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

Tutti gli articoli richiamati sono sostanzialmente applicabili, surrogato *alla parte richiedente* il *sequestratario*, al quale l'usciere fa la consegna del mobile o dell'immobile. Può restringersi l'applicazione dell'articolo 748 per un motivo evidente. Alla consegna dell'immobile che si fa alla parte, giusta quel Titolo, non è congiunta come una pertinenza la *consegna dei mobili* che stanno nella casa, o giacciono in qualche angolo del fondo a cui non servono. Onde la disposizione dell'articolo 748 ordina la espulsione dei mobili, eccettochè non siano pignorati, dovendosi in tal caso rispettare il diritto del terzo. Ma all'evento di un sequestro giudiziario, i mobili possono ben rimanere dove si trovano, e passare sotto la custodia dell'amministratore giudiziale che li conserverà nell'interesse del sequestrato medesimo.

SEZIONE II.

Del sequestro conservativo.

Articolo 924.

Il creditore che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, di temere sottrazioni, o sia in pericolo di perdere le garantie del suo credito, può

domandare il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore medesimo se la legge non ne vieti il pignoramento.

Annotazioni.

1. Il *sequestro conservativo*, anzichè la cosa controversa, ha per oggetto il credito e la *conservazione dei mezzi opportuni al suo soddisfacimento*. Non versa fuorchè sui *mobili* o sui *crediti del debitore;* non si esercita sugl'immobili, onde un'altra differenza dal sequestro giudiziario.

2. *Del credito.*

Si è avvertito superiormente, che il *sequestro giudiziario* ha sempre carattere *di mezzo* non solo nel suo scopo obbiettivo come lo stesso sequestro conservatorio, ma eziandio nei rapporti della forma giudiziale. Io almeno non comprendo il sequestro giudiziario senza che sia noto al giudice il fine a cui mira, in quanto risulta da un altro giudizio o pendente o contemporaneo. Il sequestro conservativo ha già il suo fine ostensibile *nel credito che si vuole assicurare*. Il credito deve giustificarsi; questa è la base certa del sequestro, l'inevitabile sostrato; ma la domanda può proporsi separata da ogni altra; può stare da sè (*).

Che il credito sia scaduto, non è sempre necessario a provarsi, come fra breve diremo. In questo proposito si è arrivato sino a dire che una delle condizioni del sequestro conservatorio si è la *non esigibilità del credito* (*Gazzetta dei Tribunali*, anno 1864, pag. 64), ma questo è troppo, o non può accettarsi che sotto una distinzione. Il credito è scaduto, e quindi esigibile; lo è immediatamente e forzatamente, se già si possiede un titolo esecutivo. In luogo del sequestro è a nostra disposizione il pignoramento che è rimedio più decisivo e finale. Ma il debito, quantunque scaduto e domandato, non si può compulsare per le opposizioni del debitore; e intanto si viene manifestando il pericolo di non esser pagato nè adesso, nè mai. Il sequestro conservatorio più celere dell'esecutivo lascia al debitore tanto di libertà quanto basta per difender le sue ragioni, ma gli toglie quella di eludere l'effetto della ragione altrui.

Il credito dev'esser giustificato, dissi di sopra. E qui può incontrarsi difficoltà non lieve. Vedremo, discorrendo i seguenti articoli, che il giudice del sequestro conservativo può esser tale che non avrebbe competenza per giudicare del diritto del credito in ragion di valore. Il giudice del sequestro si contenta della estrinseca sussistenza, ossia di quella onesta credibilità che nasce dal titolo da cui il credito si mostra sorretto; non osserva che la buona apparenza, la sembianza legittima del credito e del titolo che lo sostiene. Un qualche cosa d'intuitivo, tale da persuadere della esistenza del credito, devo uscire dal documento che si spiega innanzi al giudice; dato pure che quel documento possa più tardi venire impugnato e suscitare sull'essere suo chi sa quante questioni (Cassazione di Torino, 4 febbraio 1865, Levi contro Favar). Una scrittura privata, sottoscritta dalle parti, sottoscritta da testimonii, nitida e di un tenore pienamente verosimile, sebbene in giudizio possa venir contraddetta, basta nondimeno a quella giustificazione del credito che qui si ricerca (**). Contuttociò il creditore che ottiene il sequestro, non acquista verun titolo giudicato opponibile quando che sia al suo avversario; non lo acquista perchè il giudice non pronuncia sull'oggetto, *ma solo ne deduce un elemento subbiettivo*, *un elemento di convinzione ad un altro scopo*, che è quello di decretare il sequestro; non lo acquista perchè non può aversi argomento di cosa giudicata da un atto unilaterale.

In ordine a *pignoramenti* o *sequestri esecutivi* ci è noto il disposto dell'articolo 568, che non concede il passo ai *crediti incerti* ed *illiquidi;* ma simile requisito non è necessario ai sequestri conservativi (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. ii, n° 112). La legislazione francese è stata in questa materia sorpassata dalle italiane; le sue disposizioni sono più ristrettive (***). Si ritiene nondimeno che anche le corrisposte future o non liquide (****) possano venire così assicurate (Cassaz. francese, 16 maggio 1849, Dalloz, *Rec. périod.*, 1849, t. i, pag. 130, 1847, t. ii, pag. 21).

(*) *V.* gli articoli seguenti.

(**) Se la scrittura fosse già impugnata a verificazione pendente, si potrà accordare il sequestro provvisorio? Non si può dare una risposta assolutamente negativa. Dipende tuttavia da circostanze di cui il giudice del sequestro è arbitro prudente, come dirò un po' più avanti.

(***) La *saisie-gagerie* ha luogo in due casi: garantire l'interesse dei locatari (articoli 819 e seg. della procedura); garantire l'interesse dello statista contro il forestiero (articolo 822).

(****) Supposto che Tizio pagasse corrisposte in natura, e quindi da accertarsi quanto alla somma, non sarebbe meno legittimo il sequestro, data la condizione del pericolo.

Si può adunque procedere ad un sequestro conservativo anche per un credito illiquido (*).

Ma la proposizione non deve predicarsi in modo troppo assoluto. Dirò di passaggio, che il giudice non arrestandosi alla illiquidità della somma, non permette un sequestro che non sia circoscritto a valore determinato. Egli adunque dispone *a qual somma sia da restringersi il sequestro*, moderando e non esagerando la quantità che dovrà più tardi essere liquidata colla debita precisione. Ma il giudice potrà ben trovarsi a fronte di una liquidazione indaginosa e difficile.

Due aspetti generali, diversi fra loro, porgono d'ordinario le azioni da liquidarsi. O la illiquidità, e quindi la incertezza di valore che ne deriva, è nello stesso credito la cui realtà d'altronde è provata dal documento; o la illiquidità è il necessario prodotto degli elementi instabili ed opposti dall'analisi de' quali deve risultare il credito; e veramente in questo secondo caso credito non esiste. Se chi deve dare o ricevere e liquidare un conto, un *bilancio*, presenta al giudice le sue partite di credito e promuove perciò un sequestro, salvo all'avversario di fare indi valere le proprie, tale domanda non sarebbe ammissibile (Corte d'appello di Genova, 3 aprile 1846, *Collezione* GERVASONI, pag. 351).

3. *Delle cause del sequestro conservativo.*

a) La legge ha raccolte le cause per le quali questa misura straordinaria è permessa: 1° il sospetto di fuga del debitore; 2° il timore di sottrazioni; 3° il pericolo di perdere le garanzie del credito.

Queste tre cause si ritengono *tassative* ed *esclusive*; non esemplari o dimostrative (Cassazione di Torino, 1° febbraio 1865; BETTINI, tom. 1, pag. 132). Nella loro espressione generale e comprensiva hanno in sè un numero infinito di circostanze che la teoria non apprende, ma bisogna poterle rassegnare a taluna di codeste classi.

La legge sembra dedurre la gravità del pericolo dalle impressioni del creditore. Ma le sue impressioni devono passare nell'animo del giudice, e allora soltanto hanno consistenza giuridica.

La *fuga del debitore* è, come dicesi, allarmante e pericolosa in quanto dimostra il suo stato di decozione e la intenzione di abbandonare e disperdere il poco che gli avanza. Chi ha una sufficiente sostanza *parte* e *non fugge*: la fuga s'interpreta atto di disperazione, ma tale non è se non accompagnata da un estremo disordine economico, anzi se non è causata da quello. Fugge chi è inseguito dalla giustizia penale, non pullulano perciò i sequestri; lasciatelo andare: egli non paga colla persona, ma coi beni. Sarebbe a domandare se *il sospetto di fuga basti* senza che risulti indizio di *sottrazioni*. Ma la legge vede nella fuga la sottrazione e della persona e quella dei beni, se siano pochi, scarsi, di facile trasporto o nascondimento. Ciò che la legge colpisce è veramente la *conseguenza della fuga:* ma la deduce come un risultato positivo.

b) *Pericolo di perdere le garanzie del credito.*

Le *garanzie* che la legge provvida permette di conservare mediante il sequestro, sono le *garanzie accidentali*, non le stipulate e costituite. Bisogna sapere se il contraente ha avuto fede in qualche garanzia che è già stata data. Chi ha ritirato un pegno, una malleveria, non può gravare di più il debitore, ove cotali guarentigie non siano venute meno. Una garanzia stipulata si reputa sempre sufficiente finchè esiste; e questa legge non è giusta e commendevole se non ad un patto: il flagrante pericolo. Non so se sia esattissimo quel modo di dire — *perdere le garanzie del suo credito*. Questo modo *determinato* a chi ha il tatto dello scrivere proprio può far supporre garanzie già esistenti; dovrebbe invece dirsi: *chi si trova in pericolo di perdere ogni garanzia del suo credito*: se pure è intendimento della legge di accorrere ad ogni pericolo del credito. Così si verifica *che i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori* (articolo 1949 del Codice civile). Le *garanzie formali* e convenute sono patti che ad un tempo devono rispettarsi dal debitore e dal creditore; quegli le sopporta come una obbligazione dalla quale non può liberarsi; questi è costretto talvolta a valersene a preferenza di altri mezzi di soddisfacimenti; e una di tali contingenze sarebbe appunto quella di cui parliamo.

L'apprezzabile sentenza della Corte di Milano sopra mentovata, tanto più lodevole quanto nell'esordio del nuovo sistema seppe afferrarne i veri principii, al credito di operai e di cottimisti verso l'appaltatore applicava il benefizio di questa legge, sulle somme dovute dal committente allo stesso appaltatore che versava in isfavorevoli circostanze; e mi com-

(*) Laonde merita approvazione la sentenza della Corte d'appello di Milano del 3 novembre 1866 (*Monitore dei Tribunali*, 1866, num. 48, 49).

piaccio a dire, che quella sentenza è un documento utilissimo. Sono così frequenti i casi di operai e prestatori, vittime della impotenza o delle tristizie degli speculatori; e fortunatamente la legge è così flessibile nella sua estesa dizione, che può condursi a diverse applicazioni di giustizia senza il menomo sforzo!

c) *Del sequestro conservativo a favore dei proprietarii e dei locatori.*

I locatori che furono oggetto di particolare attenzione del Codice di procedura francese, come notai un po' più indietro, non sono punto mentovati nella nostra. La ragione si è, che noi non escludiamo verun credito, e non facciamo dello stesso pericolo un privilegio; ma insieme ci guardiamo dal confondere il *privilegio del locatore* colle generali cautele prodotte da questo articolo.

I Francesi non conoscono il vero e proprio sequestro conservativo; ma attaccandosi a dir vero un po' troppo duramente al privilegio del locatore, cancellano per lui anche le regole ordinarie della esecuzione, e pongono *che il proprietario o conduttore principale di case o fondi rustici* possa *un giorno dopo la intimazione del precetto* sequestrare per fitti e pensioni scadute i mobili e i frutti esistenti nelle case o sui fondi (articolo 819 del Codice di procedura francese).

Tutto ciò che è dovuto alla specialità dei rapporti fra proprietario ed enfiteuta, fra locatore e conduttore, è nella nostra legge concesso, rispetto ai mobili, negli articoli 1958 n° 2, 3, del Codice civile. È scritto a favore del locatore un diritto di sequestro conservativo, tutto particolare, nell'ultimo capoverso di questo numero 3°, *se il conduttore trasporta i mobili fuori della casa locata.* Tutti questi diritti particolari lasciano il proprietario o locatore nella condizione comune quando si tratta di mettere al sicuro i loro crediti a fronte dei pericoli che prevede l'articolo 924. Potranno avere un vantaggio dal lato del titolo; il loro titolo di credito avrà una evidenza maggiore; avrà, se è lecito dir così, maggiori simpatie; ma infine la legge ha voluto livellare tutti i crediti legittimi in faccia al pericolo, e per ciò fare non ha dedotto nulla dal privilegio, salvo la efficacia che questo sarà per esercitare in confronto di altri creditori. Ma se in questa parte i proprietarii e locatori non hanno diritti maggiori degli altri, non ne avrebbero invece più limitati, *atteso appunto ch'essi sono forti d'altre guarentigie*, cioè dello stesso privilegio?

Io propongo a me stesso questo dubbio, avendo di sopra enunciata la massima che chi ha stipulata una garanzia deve star contento a quella, nè può ricorrere al sequestro conservatorio per averne una ultronea ed esuberante. Ma di *garanzie convenute* e *stipulate* io parlai, e mossi da quella base. Io non credo sia da comprendersi in questa teoria una *guarentigia legale.*

La garanzia convenzionale mentre assoggetta il debitore a particolare obbligazione, come di fare un deposito, dare un pegno, una fideiussione, *preserva il debitore stesso dalla subbiezione del sequestro conservatorio;* non so se questo sia stato detto da altri, ma la cosa è così, e desidero di essere inteso. Il creditore non è legato a quella garanzia in modo ch'egli non possa oppignorare altri beni del debitore. Il debitore, per esempio, ha dato un fideiussore; per costringerlo a soddisfare il debito io non son tenuto a compulsare il fideiussore; e posso oppignorare i mobili della casa del mio debitore. *Ma il sequestro conservatorio non è giustificato che dalla urgenza del pericolo e dalla necessità;* senza ciò sarebbe una pressione indebita, quasi violenza. Chi ha un fideiussore da lui accettato e riconosciuto idoneo, non può dire, io sono in pericolo di perdere la *garanzia del credito.*

Il favore che la legge accorda a certa qualità di crediti, come quello del locatore, ha un altro carattere. Primieramente non si può opporre al creditore ch'egli si è contentato di quella garanzia; che ha corso quella fede. Inoltre i mezzi legali di privilegio non porgono mai la sicurezza di una garanzia convenzionale. Il mio affittuario, moroso già di più rate, a quello che pare fa i fagotti per andarsene; egli si trova nelle peggiori condizioni. Ho il privilegio, è vero, sui mobili della casa, ma questi possono volarsene entro la notte: in effetto la mia garanzia è molto fragile; e se io, scoperto che il mio affittuario ha un credito verso un terzo, mi avanzo di sequestrarlo, non potrò esser rimandato, quasichè io sia assicurato dal mio privilegio, che d'altronde è piuttosto una prerogativa del credito che una formale garanzia.

Articolo 925.

Il sequestro si concede sopra ricorso motivato, premesse, se ne sia il caso, sommarie informazioni.

Il sequestro può anche concedersi col decreto che permette la citazione a breve termine.

Annotazioni.

Due e distinte modalità contiene questo articolo. Il ricorso si può ottenere con semplice ricorso; nulla vieta che possa ottenersi con citazione. Un *ricorso motivato*, il documento del credito, un certificato di testimonii, o meglio ancora una informazione orale fatta al giudice da due testimonii; qualche sentenza, se vi ha, o qualche protesto che facciano argomento della situazione del debitore, è quanto potrà richiedersi dal giudice più scrupoloso. Si permette di accordare il sequestro *con quello stesso decreto che ordina la citazione a breve termine* (articolo 154). L'usciere cita e pratica il sequestro (che può ben essere un pignoramento di mobili) nello stesso tempo. Alla prudenza del giudice se il ritardo di qualche ora, di qualche giorno, possa tornar dannoso.

Se il ricorso non si presenti molto chiaro, le informazioni non siano persuadenti, niun dubbio che il giudice può rinviare il ricorso e preferire il metodo della citazione (a breve termine), onde *non fiat sequestratio partibus inauditis*, che da liberali giureconsulti è riprovato (Fabro).

La domanda *per ricorso*, stragiudiziale, e non notificata preventivamente alla parte, può farsi alla competente autorità eziandio in pendenza di giudizio, non distinguendo la legge: la quale autorità potrà pure, non colpita da massima urgenza, ordinare il procedimento per via di citazione (*).

Articolo 926.

Il sequestro può concedersi per qualunque valore dal pretore del luogo in cui deve eseguirsi.

Può anche concedersi dal pretore o dal presidente del tribunale competenti a conoscere della causa principale.

Articolo 927.

Quando la domanda di sequestro sia connessa a una causa già pendente, il sequestro può concedersi soltanto dal pretore o dal presidente del tribunale o della corte davanti cui pende la causa.

Se vi sia urgenza, il sequestro può anche in questo caso concedersi, per qualunque valore, dal pretore del mandamento in cui deve eseguirsi.

Annotazioni.

Le autorità competenti a concedere il sequestro conservatorio sono qui variamente designate.

Il più speciale carattere di questa competenza è di non essere distribuita, secondo la regola comune, per ragion di valore. Questo concetto metafisico è dissipato dalla urgenza che s'impone agli ordini stessi della procedura. Si vuol riparare ad ogni costo, e al più presto possibile, ecco tutto. Non sarà forse inutile aiutare la intelligenza dei trascritti due articoli con qualche schiarimento.

Primo caso. Non vi è pendenza di domanda principale. *Il pretore del luogo dove il sequestro deve eseguirsi* è competente *per qualunque somma*.

Lo stesso pretore è anche competente *in ogni caso di urgenza*, sia o non sia pendente una causa principale.

Ciò è dichiarato, perchè il giudice della causa principale può avere la sua sede anche in luogo lontano da quello ove il bisogno è più pressante. *A* citava il suo debitore *B* avanti il tribunale di Ancona, nel quale distretto ha domicilio. La causa va in lungo; intanto il debitore precipita nel peggio, e vende ogni cosa. Per ventura *A* può conoscere che un vistoso credito, forse l'unica sostanza, rimane a *B*,

(*) La procedura per ricorso, *non citata parte*, non cessa di essere eccezionale; ma il Codice attuale ne usa largamente, e l'ha resa più famigliare.

che a Genova aveva venduto una partita di grano, e non aveva ancora riscosso il prezzo. Senza perder tempo, spicca un sequestro dal pretore di Genova, evitando il giro di una magistratura lontana. In altra maniera non si conseguiva l'intento, perchè *B* poteva da un minuto all'altro ritirare la somma.

Ciò che riesce un po' problematico *è la gradazione della urgenza*, poichè la urgenza esiste sempre in simili casi, ma può essere più o meno strozzante. Pallida espressione è quella dell'articolo 927, capoverso 1° — *se vi è urgenza* — e bisogna intenderla tale che non si possa por tempo in mezzo senza rendere irreparabile la perdita del credito. Lasciare al pretore locale in ogni caso quest'attribuzione, era forse il miglior sistema; non mancheranno ora lotte di competenza su cosa che non ne merita il dispendio.

Secondo caso. Lite principale pendente. La domanda di sequestro è un incidente di quella; e trattone il caso d'urgenza (e noi diciamo di urgenza suprema), è il magistrato della causa principale che conosce anche di questo incidente. Ciò rientra nell'ordine legale.

Quanto si dice nel secondo capoverso dell'articolo 296 e nel primo dell'articolo 297 sembra concetto unico, e nella forma un pleonasmo. Ma ben guardando, nell'uno si addita in generale il magistrato competente (il pretore o il presidente); nell'altro si dichiara l'*ordine* di questa competenza: prevale la competenza del giudice investito della causa principale, eccettuato il caso della maggior urgenza (*) (Corte di Torino, 11 dicembre 1865, BETTINI, tom. II, pag. 580).

Il presidente del tribunale di commercio può egli pure decretare il sequestro conservatorio (*V.* anche l'articolo 258 del Codice di commercio).

Articolo 928.

L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dar cauzione in somma determinata a garantia del risarcimento dei danni per il caso in cui il sequestro fosse dichiarato ingiusto.

L'obbligo della cauzione non si può imporre se il credito sia privilegiato sopra gli oggetti da sequestarsi.

Articolo 929.

Il giudizio sulla idoneità della cauzione, la quale può darsi anche a termini dell'articolo 330, è lasciato all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria che concede il sequestro. L'idoneità deve dichiararsi nel decreto.

L'atto di cauzione è ricevuto dal cancelliere e deve precedere il sequestro.

Annotazioni.

1. Una parola sul capoverso dell'art. 928.

Il sequestro conservatorio può cadere eziandio sulle cose mobili sulle quali vantiamo un diritto reale di privilegio. Ciò vale a conferma di ciò che si è detto anteriormente, *sulla forza relativamente maggiore del sequestro in confronto del privilegio.* Il privilegio che ha il locatore sui mobili che forniscono la casa locata, gli assicura la preferenza sopra altri creditori concorrenti sul prezzo degli stessi mobili, ma non lo rende tranquillo sulla permanenza di quelli nella casa del debitore. Il sequestro realizza il diritto astratto.

2. La cauzione di consueto è fideiussoria, come quella che è più facile, pronta e analoga alla qualità del negozio. I modi della cauzione sono prescritti (articoli 433, 331), e indicati nel presente articolo 929.

3. Chi avendo un diritto di privilegio è ammesso al sequestro de' mobili, non dà cauzione, non tanto per virtù dello stesso privilegio nel quale può esser superato da un altro più forte, quanto perchè l'esercizio della sua azione è consolidato dalla qualità specifica del credito. L'oggetto della cauzione è dichiarato nell'articolo 935.

(*) Se la istanza pel sequestro conservatorio è fatta al presidente *con citazione*, o il presidente ordina procedersi con citazione, nasce un vero incidente regolato dalle forme dell'articolo 181 e seguenti; tranne che l'oppignorazione può essere accordata sul primo decreto, su quello, s'intende, che fissa il termine della udienza.

4. Non solo chi ha un diritto reale che si traduce in privilegio, ma colui ancora che ha un diritto reale più intimo, quello della proprietà, può valersi senza contraddizione del sequestro conservativo. Fenomeno tutto proprio di questa maniera di sequestri, ossia del vero sequestro. Nei casi ordinarii il proprietario dei mobili agisce per la rivendicazione naturale in conformità degli articoli 742 e seg. *L'oppignoramento o sequestro esecutivo sarebbe una anomalia* (*). Nella presente contingenza si tratta di un'assicurazione momentanea ed urgente che non pregiudica il diritto di proprietà, mentre preserva i mobili dal pericolo della dispersione. Dopo il sequestro il proprietario, com'è evidente, non agirà per la vendita, ma quasi vindicando il deposito dalle mani stesso della giustizia a cui lo ha confidato.

Articolo 930.

Le norme stabilite per il pignoramento si applicano al sequestro quanto al modo di procedervi, alle cose che possono formarne il soggetto, alle misure di conservazione, e al processo verbale, salvo le disposizioni speciali della legge.

Se si tratti di cose per le quali vi sia pericolo di deteriorazione, l'autorità giudiziaria che ha concesso il sequestro può ordinarne la vendita nei modi stabiliti per gli oggetti pignorati.

Annotazioni.

1. Il *pignoramento*, secondo l'attuale sistema, non avviene che delle cose mobili (beni mobili): questo ci è noto.

Il sequestro conservatorio non è il pignoramento, *ma si effettua per mezzo del pignoramento* (**). Per apprendere i mobili o i crediti presso terzi, è d'uopo passare per questa via. Così il sequestro conservativo diventa un *pignoramento extra ordinem*, non avente cioè suo fondamento in un titolo esecutivo e in una sentenza di condanna, ma spinto oltre la linea consueta della legalità per ovviare ad un pericolo.

Dalle relazioni ad altre leggi, alle quali ci invita il nostro articolo, bisogna primieramente *eliminare il precetto* (articolo 577). Non s'impone al (presunto) debitore di pagare. La legge della sentenza non lo costringe a questo: e il precetto non è che l'eco fedele della sentenza. Il sequestrante non dice fuorchè, io temo che voi non siate per corrispondere al debito vostro; io mi procuro con questo una guarentigia: il comando di pagare verrà più tardi. A questo riflesso daremo in seguito qualche schiarimento ulteriore.

Gli articoli 593 e seg. sino al 597 inclusive sono compresi nel richiamo.

Rispetto al disposto dell'articolo 598 credo necessaria una modificazione. Parmi che *i pignoramenti non debbano essere riuniti*. Serbando la sua natura di sequestro, l'atto che si farà dall'usciere *sarà di ricognizione* (capoverso 1° dell'articolo suddetto), eccettuati quei mobili che non fossero stati colpiti dal pignoramento. La ricognizione, seguita dalla notifica e dal precetto al custode, importa conferma del pignoramento medesimo e vincolo alle distrazioni; impedisce che il creditore e il debitore possano intendersi a pregiudizio del terzo. Completamente applicabili sono gli articoli 599 e seguenti, escluso il 2° capoverso dell'articolo 604, e l'articolo 605.

Non parliamo che del pignoramento di mobili, mentre *in ordine ai crediti* vi ha un particolare disposto nell'articolo 932.

Senza dubbio anche *i frutti non ancora raccolti* o *separati dal suolo* possono cadere nel sequestro conservativo; e gli articoli 606 al 609 sono di certa applicazione.

2. Quanto alle *cose che possono formar il soggetto di sequestro*, siamo pure rinviati alle regole comuni.

La ordinanza che pronunzia il sequestro indicherà le specie del beni mobili che potranno pignorarsi, corrispondendo alla domanda del creditore che dovrà denunciare con una certa precisione l'oggetto di essa. Cosa rimane al debitore? Quali sono le cose che devono afferrarsi nel naufragio imminente di ogni sua fortuna? È ciò che non deve lasciarsi ignorare al giudice. Io avrei molta difficoltà ad ammettere *un sequestro generico*. Laonde il giudice

(*) Perchè ha la proprietà, o crede di averla.

(**) Il pignoramento può eseguirsi anche *immediatamente dopo la notificazione del precetto* per cause analoghe al sequestro conservativo (articolo 578); ma serba ad ogni modo il suo carattere distinto dal sequestro conservativo, giusta le osservazioni che veniamo a fare.

chiarirà nella sua ordinanza: essere pignorabili per sequestro provvisionale *i mobili della casa del debitore* o *gli effetti* o *i danari esistenti presso terzi che saranno indicati;* essendochè l'usciere deve avere una norma positiva onde regolarsi. Non è guidato dalla volontà del creditore che possiede un titolo esecutivo, e può gettarsi su qualunque parte della sostanza del debitore a sua scelta: *hoc est memoriæ tenendum.*

Del resto è implicito nella ordinanza del giudice, e non ha mestieri di riserva, che rimangano intangibili od estranee al suo comando quelle cose che la legge dichiara insequestrabili, o non lo sono che a date condizioni secondo le sapienti modificazioni portate dall'articolo 585 al 592.

Le *misure di conservazione* sono quelle che riguardano la custodia delle cose pignorate. Il processo verbale avrà il suo modulo nell'articolo 597.

Articolo 931.

Il creditore sequestrante deve, nel termine di giorni tre dal sequestro, far notificare per copia al debitore il ricorso, il decreto di sequestro e, se vi sia stata cauzione, l'atto col quale fu ricevuta.

Se il luogo in cui fu eseguito il sequestro e quello in cui fu notificato al debitore facciano parte di giurisdizioni diverse di preture, di tribunali o di corti d'appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148.

L'atto di notificazione deve contenere la citazione in via sommaria davanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro, competente per materia e valore, per far pronunziare sulla validità, rivocazione, o conferma del sequestro, e, se ne sia il caso, sulla vendita degli oggetti pei quali vi sia pericolo di deteriorazione.

Se la detta autorità giudiziaria sia anche competente a conoscere del credito, l'attore può con lo stesso atto proporre la domanda per la condanna.

Annotazioni.

1. L'atto di sequestro non deve rimanere isolato; il sequestrato devo averne in tempo congruo la cognizione per mezzo di una notificazione legale, e potersi difendere. Con ciò solo si legittima un atto imposto dalla urgenza delle circostanze, ma pericoloso e che non sembra molto accordarsi col rispetto della proprietà.

2. Sono costretto a fare alcune osservazioni critiche sulla redazione materiale del testo; cosa sempre increscevole. Qui sembra confondersi, come si è fatto altra volta, *il termine della notificazione con quello della citazione.* La distanza dal luogo ove è stato eseguito il sequestro a quello in cui abita il presunto debitore, è motivo giusto e necessario onde impartire termini proporzionati; dei quali termini il citato deve godere per comparire e difendersi. Vedremo or ora quale sia l'autorità giudiziaria avanti la quale il sequestrato devo citarsi; ma intanto noi supponiamo una distanza qualunque da un luogo all'altro.

Nel primo periodo dell'articolo si dice che *nel termine di tre giorni dal sequestro,* devo notificarsi il ricorso, ecc. Questo termine, giusta la lettera dell'articolo, si viene prolungando in ragione delle distanze, sicchè supposta la distanza maggiore, *la notificazione potrà farsi entro venticinque giorni* (articolo 148, n° 5). Ma ciò non può stare. Entro tre giorni può farsi qualunque notificazione coi mezzi di comunicazione che oggidì possediamo: il termine proporzionale dev'essere invece *quello della citazione.* La cosa è evidente (*); l'equivoco non può essere che nella espressione.

Se non vi è equivoco, vi è per certo della confusione nel 2° capoverso di questo articolo. *L'atto di notificazione deve contenere la citazione in via sommaria* (**) *per far pronunziare sulla validità.* E va bene: il sequestro conservatorio, consumato *inaudita parte,* non riceve il suo valore definitivo che dalla convalidazione del magistrato, *parte citata;* quindi il

(*) Che ne verrebbe infatti? Si hanno venticinque giorni ad eseguire la notificazione; ma altri venticinque dovrebbe contenerne la citazione per comparire.

(**) Ossia *all'atto di notificazione dev'esser unita la citazione,* ecc.

sequestrante deve chiederne la conferma. Lasciamo stare che *validità e conferma* suonano *unum et idem* per l'effetto; ma come può concepirsi che il sequestrante, notificando l'atto di sequestro, debba o possa insistere *per la rivocazione?* (*).

3. Pronunciare *la validità del sequestro*, o *la condanna* del debitore è cosa diversa. Il sequestro ha la sua ragione di essere indipendentemente dal titolo giudicato del credito. Munito dei legali requisiti, accennati a suo luogo, il sequestro conservatorio è valido, e sussiste da sè. Il sequestrato può opporsi; e in via di opposizione può escludere la esistenza del debito e far crollare il sequestro. Per tutto questo ha competenza il magistrato *del luogo del sequestro*, fatta ragione però *della materia e del valore.*

Fermiamoci un momento a queste parole.

Se la competenza per giudicare della validità e conferma del sequestro *fosse stata attribuita al magistrato che pronunciò il sequestro medesimo*, la cosa sarebbe stata più semplice e, mi permetto dire, più naturale. Questo magistrato sarebbe o *il pretore* o *il presidente* in relazione agli articoli 926 e 927. Ma no: l'autorità giudiziaria alla quale è data questa cognizione, *è quella del luogo del sequestro* ossia dov'è stato eseguito il sequestro (**). *Se il presidente di un tribunale* o *di una Corte* ha decretato il sequestro di beni esistenti fuori del distretto della propria giurisdizione, ed ivi è stato eseguito, quel tribunale o quella Corte sembrerebbe non essere punto competente a conoscere della validità del sequestro ed a confermarlo. Quale assurdo! Pende una causa avanti la Corte d'appello di Parma; in mezzo al fervore della lite il citato precipita all'inopia, per cause più o meno imprevedute; gl'ingenti crediti degli attori che stanno per essere definitivamente giudicati, restano senza speranza se non si passa immediatamente al sequestro del prezzo di merci vendute a Livorno. Si fa il sequestro. La domanda della validità non potrebbe presentarsi alla stessa Corte di Parma che ordinò il sequestro; ma dovrebbe portarsi al tribunale *del luogo del sequestro*, cioè a quello di Livorno. Ma come sarà sfuggita alla Corte quella competenza che già possedeva per ordinare il sequestro, come sarà rimasta esautorata? Un magistrato di grado inferiore potrà giudicare dei motivi pei quali fu ordinato il sequestro, e trovandolo *senza causa* (articolo 934) revocarlo? Il giudizio incidentale di sequestro rimarrà lacuoso? O il magistrato investito della causa principale (articolo 927) dovrà riceverlo bello e fatto da un altro di pari o inferior grado?

Noi saremmo portati nell'insolabile, nell'impossibile, se la logica giudiziaria per poco non ci guidasse. Bisogna ben ritenere che *la citazione di conferma si farà davanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro*, *semprechè l'ordinanza di sequestro sia stata proferita dal giudice locale*, ossia dal pretore. All'incontro se la ordinanza è incidentale di un giudizio principale pendente, la domanda di conferma (che inchiude per opposizione la revoca) *dovrà portarsi all'autorità giudiziaria dello stesso giudizio principale* (***).

Quelle altre parole — *competente per materia e valore* — mostrano sol questo, che il pretore può rilasciare bensì sequestri conservatorii *per qualsivoglia somma*, ma della loro validità non conosce se non sia competente per valore. Dovendosi quindi citare *avanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro*, quest'autorità sarà o lo stesso pretore o il tribunale in ragione di somma.

Dico in ragione di somma: *ma di qual somma?* Il valore si misura da quella definita provvisoriamente all'oggetto dello stesso sequestro, o *dalla entità del credito* per cui si procede al sequestro? Senz'altro sottilizzare su quel di meglio che avrebbe potuto farsi, non vedrei come sfuggire alla disposizione dell'articolo 75, n° 1, che misura il valore dall'importo *del credito*. Vero è che *il giudice del sequestro* non è sempre *il giudice del credito*, per quanto viene a dirci l'ultimo capoverso di questo faticoso articolo; pare nondimeno che la regola dell'articolo 75, n° 1, rimanga in tutto il suo vigore (****).

La materia — altra ragione della competenza, indicata dall'articolo. Mettendoci nel punto di vista che ivi è più perspicuo, noi dovremo trovare l'*autorità giudiziaria del luogo del sequestro competente per* MATERIA *o valore.* Non so se questa parola caduta dalla penna del redattore dell'articolo sia una superfluità.

(*) Si può domandare la vendita quando vi sia pericolo di deteriorazione (articolo 930, capoverso 1°).

(**) Il precedente Codice del 1859 non parlava che *dell'autorità competente* senza altro aggiungere (articolo 934), e poteva dedursi dalle regole generali della competenza. Le difficoltà si sono aggravate colla nuova redazione.

(***) Questa conclusione è inevitabile: l'art. si spiegherebbe dicendo che non ha contemplato questo caso.

(****) Il redattore di questo titolo non ha creduto di proporre le forme *della ordinanza di sequestro.* — Le osservazioni ora premesse mostrano che non solo deve dichiararsi *la somma per cui si potrà procedere al sequestro;* ma eziandio *per quale credito si procede.*

Ma io non posso concepire *altra autorità giudiziaria che il pretore o il tribunale civile*, secondo il valore. Non potrà credersi, per esempio, sia competente un tribunale di commercio. Per quanto si racconti che il credito è commerciale, finchè non si tratterà del giudizio del credito, e la domanda sia limitata alla efficacia della inibizione senza più, la distinzione rimane inutile, e niun può pensare alla competenza del tribunale di commercio.

4. *All'ultimo capoverso dell'articolo* 931.

L'attore può proporre la domanda di condanna insieme a quella di conferma del sequestro, qualvolta il magistrato *sia altresì competente a conoscere del credito.*

Poniamo l'esempio. Pietro ha ottenuto dal pretore di Cuneo la facoltà di un sequestro conservativo per la somma di L. 2000. Il tribunale civile della stessa città è indicato come il magistrato competente alla conferma del sequestro. Ma il luogo ove fu praticato il sequestro non è quello della residenza abituale del debitore, che egli ritiene a Torino. Confermato il sequestro dal tribunale di Cuneo, volendo il creditore convertire il sequestro in pignoramento definitivo dovrà citare il debitore avanti il tribunale di Torino per la condanna (*).

Articolo 932.

Quando il sequestro sia fatto presso un terzo, si deve notificare a lui copia della citazione al debitore nel termine di dieci giorni dalla citazione stessa.

Se il luogo in cui si eseguisce la notificazione al terzo sequestratario, e quello in cui fu fatta la citazione al debitore facciano parte di giurisdizioni diverse di tribunali o di corti d'appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148.

Annotazioni.

Dovranno osservarsi le disposizioni dell'articolo 611; ma in modo congruo, omesse cioè quelle formalità che non sono del caso, come *l'enunciazione del titolo esecutivo e del precetto* che non hanno luogo. Ritengo ancora per ciò che si dice in questo articolo, che il sequestro potrà farsi a modo di atto di notificazione, purchè segua tantosto la citazione al debitore, da notificarsi indi allo stesso sequestratario, a conferma dell'atto inibitivo.

Il capoverso ha bisogno pur troppo di spiegazione. Si notifica al terzo un atto di sequestro, e gli si fa divieto di pagare. Si cita il debitore per la conferma del sequestro; citazione che si notifica al sequestratario. Se il debitore abita alla contemplata distanza dal luogo ove fu fatto il sequestro, dove abita il sequestratario, e dove finalmente si giudica del sequestro, la citazione avrà i termini indicati in proporzione appunto della distanza. Questo è il senso dell'articolo. Ma quale redazione! È facile vedere che qui si riproduce il deplorabile errore altra volta notato; si è confuso cioè il termine della notificazione con quello della citazione a comparire (**).

Articolo 933.

Quando il creditore non eseguisca ciò che è stabilito nei due articoli precedenti, il sequestro non ha effetto, salvo al debitore il diritto al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

L'errore di cui testè ho discorso per la terza volta, è destinato a portare una disastrosa influenza sull'applicazione di quest'articolo. La legge mentre favorisce tutte quelle precauzioni che sono reclamate dall'interesse legittimo dei creditori, non può dissimulare a se

(*) Ottenuta la condanna, gli atti di vendita hanno corso avanti il giudice locale, il pretore; le controversie relative alla esecuzione sono pure regolate dall'articolo 570.

(**) In qualche edizione del Codice nelle ultime parole dell'articolo si legge così: *il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo* 148 .. in luogo di *è quello stabilito ai numeri 3, 4 e 5 dell'articolo* 147, *e 4 e 5 dell'articolo* 148.

stessa la pressione che è costretta di esercitare sul diritto di proprietà. Per una specie di reazione prodotta dallo stesso suo slancio, in questo e nei due articoli che seguono, porge valide armi al sequestrato per riguadagnare, a dir così, la sua posizione, sciogliersi dal sequestro, e farne anche pentito il sequestrante con multe e conseguenze gravi. Tutto esige che il sequestrante adempia prontamente alle notificazioni che valgono al sequestrato l'esercizio della sua difesa. Adempie prontamente a questo suo obbligo il sequestrante che ritarda lungamente la notificazione del sequestro al debitore? Eppure egli sarebbe nel suo diritto se si prendesse alla lettera ciò che è scritto nell'ultima parte dell'articolo 931 e nel 1° capoverso dell'articolo 932 (*).

Articolo 934.

Il sequestro deve rivocarsi se il debitore presti cauzione idonea per il valore delle cose sequestrate, o per l'ammontare del credito che diede causa al sequestro.

Articolo 935.

Quando il sequestro sia riconosciuto senza causa e per ciò rivocato, il sequestrante può essere condannato in una multa estensibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Articolo 936.

Quando l'autorità giudiziaria che conferma il sequestro non sia competente a conoscere del credito, rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione del merito.

Annotazioni.

Il posto dell'articolo 936 era indicato presso il 931, e di questo parlando si è chiarito come il magistrato che conferma il sequestro possa non esser competente a conoscere del credito.

Articolo 937.

La sentenza che pronunzia sul sequestro fatto presso un terzo deve essergli notificata.

Quando il sequestro sia confermato con sentenza passata in giudicato, il creditore può citare il terzo sequestratario davanti l'autorità giudiziaria competente, per fare la sua dichiarazione in conformità delle disposizioni del capo V, titolo II del libro secondo.

Annotazioni.

1. Siamo dotti per questa legge che due distinti giudizi vengono a farsi *per la conferma del sequestro e per la dichiarazione del terzo sequestratario*. È un sequestro generico di quanto il terzo ritiene o sia per ritenere di ragione del debitore. Intanto a questo è data la facoltà di redimersi con una cauzione (articolo 934), meglio ancora col pagamento. Un ordine del giudice che, diretto a premunirsi da un pericolo forse esagerato, riposa sopra sì deboli guarentigie, vuol essere discusso, appurato, provato dirò così al fuoco; quando la causa da cui nacque, le condizioni a cui fece appello, si sono verificate, e si è tranquilli da questo lato, allora vengono le ricerche successive per certificare la entità del sequestro e la somma. E in questo stesso giudizio generico di conferma potrebbe o rimaner distrutto il credito, o escluso qualunque debito del terzo, ed evidentemente il sequestro cadrebbe nel vuoto.

La sentenza che *pronunzia sul sequestro*, sentenza o di conferma o di revoca del sequestro, deve notificarsi anche al *terzo*, che è

(*) L'articolo 936 della cessata procedura piemontese faceva caso di decadenza *anche la non comparsa del sequestrante all'udienza;* e veramente dovrà interpretarsi come l'abbandono del sequestro.

già citato, ed è in causa: il precetto è, si può dire, superfluo.

2. *Sulla procedura.*

Una volta in possesso del decreto del pretore che accorda il sequestro a carico di un terzo nominato nel decreto medesimo, il creditore cita il debitore e il terzo per la conferma avanti il tribunale civile, se l'oggetto del sequestro è una somma superiore a L. 1500 (*). La domanda esprime il doppio scopo della conferma del sequestro e della condanna del debitore per i successivi effetti di ragione; o si limita alla conferma del sequestro: ciò è facoltativo. La citazione è di forma sommaria: il presidente del tribunale destina il giorno della udienza, riguardo avuto alle distanze sulle norme degli articoli 147 e 148 (art. 932). Se non che non è dubbio alcuno potersi il presidente valere della facoltà dell'abbreviazione (articolo 154).

Se la cognizione dell'azione e del credito è rimessa all'autorità competente (art. 936), il sequestro, mantenendo i suoi effetti, rimane inerte, aspettando quella decisione da cui l'esito suo dipende. In tal caso il giudizio del credito è affatto integrale; è instituito avanti il magistrato del luogo ove ha residenza o domicilio il debitore, nei termini ordinarii. Esso corre le fasi di ogni altro giudizio. Conseguito il mandato esecutivo, il creditore deve anche intimare il precetto in conformità dell'articolo 577. Allora solo comincia il termine perentorio dell'articolo 681 (**).

Dal *sequestro conservativo* facendosi passaggio alla *esecuzione*, è d'uopo che il sequestro si trovi al suo completo, è d'uopo cioè che il sequestratario sia stato citato per la relativa dichiarazione; senza di che il sequestro stesso non ha nè consistenza, nè realtà. Il creditore per altro non può esservi costretto; il suo obbligo comincia dall'interesse ch'egli ha a proseguire la esecuzione. Allora egli cita colla regola dell'articolo 611, n° 6, per gli effetti portati dai susseguenti articoli. Da quel punto la esecuzione è in pieno corso, e percorre la via tracciata dal Codice.

3. *Del diritto di appello.*

Del *diritto di appello* non troviamo parola nei due Capi che veniamo dall'avere trascorsi.

La pratica anteriore era divisa in opposte opinioni. Per negare l'appellazione si diceva che il decreto di sequestro è interlocutorio; che *modicum præjudicium affert;* che è sempre riparabile (***). Dicevano i contrarii il pregiudizio esser grave, *nam sequestrum possessionis aufert commodum medii temporis quod non potest reparari nec alicui debet auferri* (CHIESA, *Observat.* 200, part. I). Appressandosi la giurisprudenza alla civiltà dei tempi nuovi, vinse come doveva la sentenza favorevole alla libertà. Niuno può esser condannato senza difesa; se questo principio è modificato talvolta dalla necessità, cessato il pericolo di un danno ingiusto o di un disordine minacciato, si apre la discussione legale intorno a quella determinazione provvisoria che ha anticipato sulla questione di diritto, e come ben disse una decisione del Senato di Genova « per regola di « diritto somiglianti decreti e inibizioni si con« vertono o si riducono ad una mera citazione, « e non possono quindi aver efficacia, se nel « corso della causa non sono debitamente con« fermati o innovati » (26 gennaio 1836, GERVASONI, 1836, pag. 33).

Non è dunque a siffatti decreti che convenga l'appello; risolubili di loro natura, essi sono rimessi in problema tostochè la parte risponde alla chiamata e si presenta in giudizio. Ognuno intende che queste non sono sentenze appellabili. Ma la conferma o la revoca del sequestro si pronunzia per sentenza, ed è *appellabile come ogni altra.* Essa mantiene, è vero, l'indole sua provvisoria, mentre dopo avere acquistata autorità di cosa giudicata, l'oggetto della sua decisione può anche venir meno; così se nel giudizio del merito si esclude il credito in forza del quale fu eseguito il sequestro, questo si risolve e si annulla. Nondimeno la sentenza che conferma o revoca il sequestro è decisiva nella propria sfera e nei termini del proprio oggetto, in quanto o crea un vincolo dannoso alla proprietà, o lo nega; e con ciò o arreca incomodo grave ad una parte, o espone l'altra ad una perdita; ed è l'evento che sovrasta non appellando. L'appellazione ha dunque ragione di essere. La cosa giudicata determina questo stato di cose, e quindi produce l'effetto che le è proprio.

(*) È noto che l'ordine di sequestro non è atto di giurisdizione contenziosa, e non tiene regola dal valore.

(**) Prima non poteva decorrere, perchè il creditore era impedito. Ma egli deve aver cura d'introdurre prontamente il giudizio di merito, onde evitare la decadenza comminata dal suddetto articolo.

(***) È noto che, secondo quelle consuetudini, l'interlocutorio non faceva stato nella causa, e non obbligava il giudice ad avervi riguardo nella pronunzia definitiva.

Digitized by Google

CAPO II.

DELLA DENUNZIA DI NUOVA OPERA O DI DANNO TEMUTO

Articolo 938.

La denunzia di nuova opera o di danno temuto, di cui nel numero 3° dell'articolo 82, è fatta con citazione a comparire davanti il pretore competente a norma dell'articolo 93; può anche farsi con ricorso presentato al pretore, il quale prima di procedere può ordinare la citazione dell'altra parte anche ad ora fissa.

Se penda tra le parti un giudizio che abbia connessione coll'oggetto della denunzia, questa si deve proporre in via d'incidente nel giudizio medesimo.

Annotazioni.

1. *Delle inibizioni* de non faciendo.

La denuncia della nuova opera appartiene a questo genere d'inibizioni; rimedio di classica memoria, ha sempre goduto negli antichi e nei moderni ordini di una sistemazione particolare; mentre delle altre inibizioni, *de non faciendo*, non soleva trattarsi nelle procedure, onde nasceva il dubbio se punto vi avesse d'arbitrio il giudice, o i danni che fossero per derivare dall'abuso della proprietà, non fossero emendabili che coi mezzi d'azione. L'usufruttuario che manomette e depaupera il fondo, il proprietario che spoglia di alberi e viti l'immobile ipotecato, sono certo tenuti a riparare il danno; può decadere il primo dal possesso, essere costretto il secondo ad anticipare il debito, ma che il giudice potesse con un atto, per dir così, della sua volontà e in via semplice e provvisoria arrestare quel movimento di distruzione, inibire insomma che altro si facesse sino a ragioni vedute, quello era di cui si dubitava. E sta la ragione del dubbio in ciò che non si avesse voluto estendere una facoltà pericolosa di cui, mancando specialmente ogni traccia di rito, era facilissimo abusare.

Il nuovo Codice di procedura toglie via queste dubbiezze mediante l'istituto del *sequestro giudiziario* meglio ordinato e rilevato. Difatti l'art. 921 è vasto abbastanza per comprendere, fra gli altri mali temuti, anche le vicende di *deteriorazione* che possono accadere all'immobile, e si estende ad ogni genere di inibizioni. A ciò si aggiunge che le forme dettate in questo capitolo sono opportune e facilmente applicabili a casi consimili.

2. *Della denuncia di nuova opera e dei caratteri di quest'azione.* « Chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa, così sul proprio come sull'altrui suolo, sia per derivar danno ad un immobile, ad un diritto reale o altro oggetto da lui posseduto, può denunziare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata, e non sia trascorso un anno dal suo cominciamento » (articolo 698 del Codice civile).

Di tal maniera il Codice civile statuisce con perfetta chiarezza i caratteri di quest'azione, determinando 1° il luogo ove la nuova opera può inibirsi, e trova indifferente ch'essa si manifesti sul nostro o sul suolo altrui, togliendo di mezzo i dubbii che si elevarono su questo punto dallo studio delle antiche sorgenti (*); 2° l'oggetto della inibizione, che è quello di stornare un danno che si minaccia a una nostra proprietà, a un nostro diritto reale qua-

(*) Troplong, *Della prescrizione*, n° 318, pensa che secondo il diritto romano la nuova opera potesse denunciarsi anche contro chi veniva a fabbricare sul nostro suolo. Generalmente gli interpreti, Accursio, nella glossa al framm. 1°, de nov. op. nunc.; Donello, lib. xv, cap. 46, vol. iv; Voet, a questo titolo; fra i recenti Haimberger, § 601, ne parlano con quella indifferenza che si scorge nelle stesse decisioni di diritto, nelle quali la caratteristica più rilevante è certamente quella che l'*opus novum solo conjungatur*. Esiste però un frammento che mi sembra positivo a ritenere, che questo rimedio era concesso anche al proprietario o possessore, la cui importanza sarà meglio intesa da quello che in breve diremo. Eccolo: « *Sed si in ædes nostras quis immittit, aut in loco nostro ædificet, æquum est, nos operis novi nunciatione jus nostrum nobis conservare velle* » (Leg. 5 § 6 de op. novi nunc.).

lunque sia; 3° lo stato della nuova opera, onde il rimedio non perda il suo carattere inibitivo e la sua ragione precauzionale e preventiva.

Questo istituto, quantunque enunciato con tanta esattezza nel Codice civile, appartiene principalmente alla procedura e merita attenzione per non confonderlo colle azioni e rimedii affini, come succede spesso nelle complicazioni della pratica. La denuncia di nuova opera, secondo alcuni, è un'azione possessoria (HENRION DE PANSEY, MERLIN); CARRÉ, stimando coll'HUBERUS *obsoletum effectum nunciationis*, pensò che la inibizione non potrebbe pronunziarsi che in un giudizio incidentale, ma più tardi cambiò avviso e si unì alla maggioranza, che considerava la denuncia azione possessoria. La legislazione francese non aveva ancor detto la sua parola; fu necessario occuparsene, e nacque l'articolo 6 della Legge del 1838; la denunzia di nuova opera venne *formalmente* classificata fra le azioni possessorie (*Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. I, pag. 253). I commentatori ne afferrarono la conseguenza, ed era una sola; che la nuova opera *è una turbativa di possesso*. La denuncia non sarebbe stata che un'azione in manutenzione. TROPLONG e scrittori italiani anche più recenti non ricusarono alla denunzia di nuova opera il carattere di azione possessoria, non però esclusivo, poichè talvolta essa è sostegno e quasi difesa della proprietà. Veniamo al nostro sistema.

Le distinzioni portate dal Codice di procedura mostrano che questa non è un'azione possessoria nel rigor della parola. L'art. 82 dichiara di competenza dei pretori le *azioni possessorie*. Più avanti, in una categoria a parte e comune (n° 3) le *azioni di danno remoto e denuncia di nuova opera*. Queste adunque non sono azioni possessorie, e con esse non si confondono.

Può facilmente distinguersi l'*oggetto giudiziario* dall'*oggetto giuridico* che si ravvolge nell'azione, e al lume di tale distinzione percepirsi la differenza. Per oggetto giuridico intendo *lo scopo utile che la parte si propone in conformità del diritto*. Se guardisi all'oggetto giuridico, l'azione tiene ordinariamente al possesso, ma è anche vero ch'essa può esser fulcro della proprietà. Sono frequenti le cause nelle quali la *novità* che comincia a farsi dal possessore del fondo limitrofo viene a turbare, o minaccia di turbare l'uso e godimento delle acque che il vicino possiede; operando, per es., ad aprire nuovi sbocchi al torrente da cui l'acqua ad entrambi si dispensa. Denunciando la nuova opera, si tende a guarentire la pienezza del mio possesso, il godimento delle acque nei modi e nella quantità consueta. Rammento di aver giudicato in sede di Cassazione una causa genovese, nella quale un vicino scavando le fondamenta di una nuova sua fabbrica, diminuiva quelle della fabbrica del vicino, e ne pregiudicava la solidità. La denuncia della nuova opera è rivolta in questo caso alla difesa della proprietà.

Nell'ordine della procedura l'*oggetto giudiziario* è quello che assegna all'azione il suo posto fra le consorelle. Si conseguirà o l'uno o l'altro degli utili effetti ora avvisati; arrestando il novatore nell'esordio del suo lavoro, io respingo in tempo l'offesa minacciata al mio possesso o alla mia proprietà, e la faccio, per dir così, abortire; questa alla quale io miro può chiamarsi la *causa finale*. Ma la *formula della istanza*, *il suo scopo immediato*, è la sospensione e l'interdizione dell'incominciato lavoro. Il giudice ammette o rigetta la domanda così circoscritta, e non può divagare ad altra pronunzia; è quello che io chiamo l'*oggetto giudiziario* onde si discerne la denuncia di nuova opera dalle azioni possessorie (*).

Lo *scopo immediato*, *oggetto giudiziario* dell'azione possessoria, è lo stesso possesso. Io ne soffro per un fatto ingiusto la turbazione o la privazione. Il possesso mi dev'essere conservato o restituito intero. La base, come il termine dell'azione, è il possesso. Nella denuncia di nuova opera l'elemento del possesso può esistere, ma non appare, non viene in obbiettiva. Invece la prova che io debbo fare *è la probabilità di un danno che io sarò per soffrire nel mio patrimonio dalla perfezione ed officiosità dell'opera incominciata*. Può talvolta introdursi l'elemento della proprietà, ma non tenendo al *fine prossimo*, vale a dire *non dovendo della proprietà il giudice pronunziare* in verun modo, la competenza rimane al giudice inferiore, altrimenti egli ne mancherebbe.

Se vi è terreno sul quale il *giudizio di manutenzione* possa confondersi coll'inibitorio di denuncia di nuova opera e la *novazione colla turbativa*, egli è quando l'opera nuova è fatta sul nostro medesimo suolo. In una nota superiore, citando il notevole e poco notato frammento 5 § 6 de op. nov. nunc., io posi in sodo che l'acuto intendere degli antichi maestri aveva scorto che la immissione qualunque nel

(*) Quindi io non accetto la oscillante teoria che ora la denuncia di una nuova opera abbia qualità un'azione possessoria, ed ora no; secondo il mio modo di vedere non è mai un'azione possessoria propriamente tale.

nostro suolo per altrui fatto intenzionale poteva dar luogo alla *nunciatio*. Era quella che ULPIANO appellava causa *naturale*. « Ulpianus « ait, triplicem esse causam operis novi nun- « ciationis, aut naturalem, aut publicam, aut « impositam. *Naturalem, cum in nostras ædes « quid immittitur, aut ædificatur in nostro* » (VOET, ad lib. XXXIX Pandect., tit. 1, n° 2). L'odierno legislatore ha fatto omaggio a questo principio, comprendendo *nella denuncia anche le opere nuove imprese nel nostro dominio*.

Non è raro che in una data condizione di cose ci competano più azioni per far valere il nostro diritto; noi possiamo battere diverse vie; il risultato di questi mezzi non è uniforme, ma ci avvicina più o meno al nostro punto di mira; a noi appartiene la scelta. Chi immette nel nostro suolo, non solo può far cosa che a noi minacci danni maggiori, ma ne fa certamente una, quella di perturbarci, di molestarci, diminuisce la tranquillità, il comodo del nostro godimento. Noi dunque possiamo anche esercitare l'azione possessoria, propriamente detta; ma qualche volta troveremo più efficace e più pronto il rimedio della inibizione, mentre l'azione fondata nel possesso, sia pure materiale e di fatto, può forse comprendere qualche maggiore difficoltà, specialmente se il possesso non sia bene appurato, ma sia controverso e si pretenda, come suolsi, da amendue le parti (*).

Qui debbo aggiungere, che l'*azione possessoria* può aver luogo eziandio nel caso che i lavori siano cominciati non sul mio, ma sul fondo del vicino (**). Se questi facendo un nuovo lavoro nel proprio fondo produce impedimento al libero scolo dell'acqua che discende sul fondo mio, perturba il mio possesso; spesso io non avrò che quest'azione da esercitare se l'opera è tale che di primo tratto venne compita.

L'articolo 938 ci presenta anche un altro vantaggio nell'esercizio inibitorio; *un semplice ricorso fatto al pretore*, basterà in casi urgentissimi; è lasciato al prudente arbitrio del pretore ordinare la *citazione*. L'articolo 940 ugualmente dichiara che il magistrato, accedendo sul luogo, può dare i più pronti provvedimenti.

3. *Della denuncia proposta in via incidente.*

La nuova opera, ossia la novazione diretta a cangiare lo stato materiale delle cose, può appalesarsi a giudizio pendente. La istanza allora è incidentale, non può proporsi separatamente. Non vi è differenza fra giudizio di primo e di secondo grado. Non si può temere che in appello si adduca l'obbietto della *domanda nuova*. Non avrebbe potuto farsi prima; la novazione è colpita dalla mano del giudice quando si presenta.

4. *Criterii direttivi.*

È dovere del giudice di *premettere la cognizione del fatto*, benchè sommaria. È tale condizione che, se non ne risultasse l'adempimento, il suo decreto, quantunque provvisorio, sarebbe nullo (***).

Nell'antico sistema non si guardava che al fatto della novazione, senza preoccuparsi in guisa alcuna della ragione giuridica. *Hoc edicto permittitur ut sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhibiretur*. Nè poteva altro dirsi, essendo la inibizione di atto privato. Quale cognizione deve ora assumere il magistrato? Forse quella del diritto? È impossibile escludere questa idea; tuttavolta egli non decide del diritto; non ne approfondisce neppure l'esame. Egli coglie, a dir così, i primi raggi della verità; riceve delle impressioni; giudica secondo coscienza. Primieramente è quella una novità o no? Se trattasi di ristaurare un edifizio preesistente, non vi è novità (Leg. 1 § si quis Dig. de oper. nov. den.) (****), e se nulla vi ha di nuovo, la istanza manca di base. Il giudice in quel rapido esame che gli basta onde ammettere la domanda, con o senza cauzione, percepisce in effetto quattro idee: vi è un'opera; un'opera nuova; assunta senza apparente diritto; che può offendere le ragioni del reclamante.

a) Deve apparire un'*opera*. Il giureconsulto ha detto: « Opus autem factum (*****) « accipimus, *non si unum vel aliud cementum « fuit impositum*, sed si proponatur instar « quoddam (operis) et quasi facies quædam « facta operis » (Leg. 21 § 3 de nov. oper. nunc.). Altri pensano che il cumulo di molti materiali in un dato punto, spiegando la intenzione di fabbricare, costituisca una novità che

(*) Onde mi sembra offendere in grande errore TROPLONG, dicendo che non vi è differenza alcuna *fra la querela e la denuncia di nuova opera* (*Della prescrizione*, n° 318).

(**) In questo l'illustre autore che ora ha citato conviene: e con ragione ribatte il DALLOZ, che per le opere fatte nel fondo altrui non vede rimedio che nella denuncia.

(***) Nel decreto stesso si enuncia *essersi presa sommaria informazione*. Se vi è stato accesso (art. 939), il processo verbale ne fornisce la prova.

(****) È testuale. Nondimeno non è fuor di luogo uno schiarimento a questo classico responso. Chi restaura un edifizio preesistente, ampliandolo, innalzandolo, può produrre con questo qualche novità pregiudizievole all'edifizio del vicino.

(*****) La glossa dichiara: *infectum*.

dà presa alla denuncia. Io non voglio negarlo assolutamente, tanto più che noi non poniamo a condizione della nuova opera la *conjunctio soli*; ma dico doversi procedere con molta cautela. Bisogna poter leggere, dirò così, molto chiaramente nella intenzione; la quale essendo evidente, può tener luogo di un incominciamento dell'opera.

b) Un'opera nuova; e ne abbiamo discorso quanto basta.

c) *Un'opera assunta senz'apparente diritto.* Indarno si lamenta di un danno possibile, se altri può inferircelo con diritto. *Nunciatio cessat ubi certum et notorium est nunciantem non habere jus nunciandi.* Quelle parole *certum et notorium* ci dicono che il giudice deve trovare del tutto inconsistente ed assurda la domanda onde rigettarla. Nel dubbio accorda la inibizione. Veramente egli si occupa del diritto, ma in quanto la sua ragione è impressionata dal superficiale esame che ha potuto fare; è la sua persuasione del momento, ma basta perchè l'oppugnante si rivolga a mezzi più decisivi.

d) L'opera ha attitudine di danneggiare il reclamante. Anche questa è una indagine che il giudice percorre, si direbbe, a volo; un forte sospetto ch'egli n'abbia lo fa inclinare alla inibizione che è cosa *modici præjudicii*, e tutte le ragioni restano salve.

5. *Della cauzione.*

« Il giudice, prosegue l'articolo 698 del Co-
« dice civile, presa sommaria cognizione del
« fatto, può vietare la continuazione della
« nuova opera, *o permetterla ordinando le op-*
« *portune cautele* ». Lo scopo di esse, e quindi la loro importanza, è distinta nel seguito dell'articolo. La cauzione, poichè non si tratta che di questo, o è imposta allo stesso attore che vince nella sua domanda d'inibizione, o al convenuto che è abilitato a proseguire il lavoro. Il giudice pronuncia la sentenza con siffatta condizione, ed assegna un termine a prestare la cauzione colle modalità degli articoli 433 e 331. Il decreto si notifica e dalla notificazione il termine decorre; e questo decorso, non prestata la cauzione, la inibizione o la sospensione si ha come non pronunciata.

6. *Del danno temuto.*

L'epigrafe di questo Capo denota che il metodo di procedura che in esso è dettato, si vuole comune anche al giudizio *di danno temuto.*

Può vedersi nell'articolo 699 del Codice civile che intenda la legge *per danno temuto* (*). Il danno minacciato *alla proprietà* o *alle persone* da una data posizione di cose materiali ad altri pertinenti, è di quei danni che non s'inferiscono nè mai possono inferirsi *jure*, come sarebbe dalla erezione di una nuova opera che altri avesse diritto di fare. Non c'è alcuno che abbia diritto di rovesciare un muro sopra la casa del vicino, e di esporre in luoghi di pericolo oggetti pesanti che cadendo nell'orto del vicino ne sfracellino le piante, i vasi dei fiori, o la testa del giardiniere. Quindi il giudice è affatto dispensato dalla *inquisitio juris:* e il suo còmpito è molto più semplice: *si damnum impendet.* In certe legislazioni ciò è demandato alla polizia; ed anche secondo i nostri regolamenti è materia di contravvenzione (Codice penale, lib. III, articolo 685 e seg.). L'antico pretore non potendo sempre provvedere colla necessaria celerità, *cum res damni infecti celeritatem desiderat*, riservandosi la giurisdizione, *magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit* (Leg. 1 de damno inf.). Trattandosi di un edifizio ruinoso e cadente, se *intra diem constituendum non caveatur*, l'attore era messo in possesso *ex primo decreto* (**). Il magistrato municipale si intrometteva o per delegazione del giudice, o di suo moto per suprema necessità; che se la sede del pretore o del preside fosse prossima, ad esso si doveva ricorrere; il magistrato municipale poteva in tal caso senza responsabilità ricusare il suo ufficio. Chi rammenta le complicazioni e le deboli guarentigie dell'istituto *de damno infecto*, non ha ragione di rimpiangere l'antico.

La nozione *del danno temuto*, quale ci è data dal Codice, fa rilevare la sostanziale differenza colla *denunzia di nuova opera.* Ma qual è questa sostanziale differenza? Essa è *nella causa*, che è più decisiva, o *nell'effetto* del danno che è più pressante. Il muro del vicino che strapiomba e sta per cadermi addosso, è più che un disegno di fondamenta tracciato ad un edifizio futuro; e il colpo che minaccia, è più fiero di quello che un manufatto arrivato ad un certo punto potrebbe portare alla pienezza del mio godimento delle

(*) Articolo 699: « Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero, o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunziare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili.

(**) Possesso che divideva col suo avversario « ... cum « cui non satisdabitur, simul in possessione esse ju- « bebo » (framm. 7, de damn. infecto; 5 de eo opere).

acque irrigue. Un rimedio adunque pronto e perentorio è reclamato con ragione anco maggiore; ma infine la procedura poteva accomunare gli stessi temperamenti che la elastica podestà attribuita al giudice in simili contingenze deve poi applicare con sufficiente criterio.

Quell'istituto *de damno infecto* ch'ebbe tanta estensione nel diritto romano, fu dai nostri legislatori ridotto alle più semplici e schiette proporzioni; ciò che era un largo lavoro della giurisprudenza per equilibrare danni possibili colla prodigalità delle cauzioni, non è più che un rimedio ingiunto dalla necessità delle cose. Mirando a questo scopo non teniam più conto delle differenze secondarie che pur esistono fra la denuncia di nuova opera e quella del danno temuto, quando trattasi di adattarvi un metodo facile di procedura e una giurisdizione organata in guisa che risponda a tutte le urgenze giudiziarie. Di codesti rapporti che vengono a stringersi nel punto di vista pratico, diremo qualche parola esponendo l'art. 940.

Quest'azione non appartiene meglio della denuncia di nuova opera alle azioni possessorie, quantunque com'essa si proponga *a causa finale* il più tranquillo e sicuro uso delle cose nostre e la incolumità dei nostri diritti, per cui la nuova redazione del Codice togliendo queste materie dalla sede strana ed impropria *dei delitti e dei quasi delitti* (*), ha potuto collocarle nella rubrica del Possesso. Ma gli elementi dell'analisi giuridica, potendo costituire oggetti distinti di azioni, ricevono una specie di elaborazione ulteriore ond'emergono i loro rapporti più diretti col vario scopo dei giudizi (**).

Articolo 939.

Quando vi sia necessità di verificare lo stato delle cose, il pretore può nominare all'uopo un perito, e, se lo creda indispensabile, può ordinare l'accesso sul luogo, dichiarando in ogni caso se le parti debbano essere chiamate ad assistervi.

Nel caso di accesso il cancelliere ne fa processo verbale che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza delle parti;

3° La data del provvedimento che ordinò l'accesso;

4° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza del perito, e la menzione del giuramento da lui prestato, se il pretore sia stato assistito dal perito;

5° La menzione distinta delle verificazioni ed operazioni eseguite;

6° L'indicazione dei provvedimenti d'urgenza dati dal pretore sul luogo.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal perito se v'intervenga, dal pretore e dal cancelliere.

Articolo 940.

Quando il pretore abbia provveduto sul ricorso senza citazione dell'altra parte, copia del ricorso e del decreto è notificata a questa nel termine stabilito dal pretore con citazione a comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia.

Negli altri casi il pretore, dati i provvedimenti temporanei che crederà di ragione, se non sia competente a pronunziare sul merito della controversia, rinvia le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Se il pretore abbia imposto l'obbligo di una cauzione, il provvedimento non sarà esecutivo, se non dopo che la cauzione sia stata data a norma dell'art. 929.

Se il pretore abbia prescritto la sospensione dell'opera denunziata, e la parte non obbedisca, può ordinare che le cose sieno ridotte al pristino stato.

(*) Capo v, Titolo vii, Libro iii del Codice civile albertino.

(**) Può vedersi ciò che si è detto sulla differenza delle denuncie di nuova opera colle azioni possessorie (sopra, n° 4).

Annotazioni.

1. *Dei provvedimenti istantanei che può ordinare il pretore.*

a) *In fatto di denuncia di nuova opera.* Nel maggior numero dei casi o si tratti *di denuncia di nuova opera o di danno temuto*, sarà sentita quella che l'articolo 929 chiama *necessità di verificare lo stato delle cose*, con accesso sul luogo della controversia, che il giudice può ordinare anche sul semplice ricorso della parte. Venuto sul luogo, e compreso che qualche tempo posto in mezzo non nuoce, indice la citazione ad ora determinata; altrimenti prende quelle misure che la urgenza esigo. Ma ciò nella denuncia di nuova opera dev'essere assai raro (*). Badi il savio magistrato che non è dell'arbitrio suo seguire l'uno o l'altro metodo; ponga mente che si vuole assolutamente la prova della necessità perchè un cittadino possa subire qualsivoglia tenue condanna senza difesa (**).

L'urgenza si manifesta più di sovente in fatto *di danno temuto*. Avverrà quindi che presi i provvedimenti istantanei, dovrà rimettersi *post factum* la citazione secondo le norme del periodo primo dell'articolo 940. Questo articolo essendo nuovo e molto complesso, domanda qualche illustrazione.

La legge distingue *i provvedimenti* dal giudizio di merito sull'azione promossa. Dare i provvedimenti è sempre ed esclusivamente attribuzione del pretore; non sempre a lui appartiene il conoscere dell'intrinseco dell'azione medesima.

Si faccia chiaro coll'esempio. Si tratta di denuncia di nuova opera. Il mio vicino ha cominciato una fabbrica che, sollevandosi, verrà ad oscurare le finestre della mia casa. Io propongo la inibizione e la sospensione di quel lavoro.

L'oggetto del giudizio è un solo, la inibizione, la sospensione; ove occorra, la demolizione. Tale istanza involve anche *il merito;* il merito consiste nel sapere se voi abbiate diritto di fabbricare o io quello di vietarvelo. Io posso efficacemente oppormi, posso altresì chiedere la demolizione del manufatto se col nuovo lavoro mi arrecate o minacciate di arrecare al mio possesso, alla mia proprietà, un indebito aggravio. Io debbo provarlo perchè *in dubio libertas;* perchè mentre voi lavorate sul vostro, avete la presunzione del diritto.

L'oggetto del giudizio, ripetiamolo, *è sempre limitato alla facoltà o alla non facoltà di proseguire il lavoro;* la decisione che ne deriva mantiene ad ogni modo un carattere provvisionale; non pregiudica alle azioni petitorie, ma infine è un giudizio pel quale si è trasportati sul terreno del diritto sino al punto in cui si abbiano risultanze che bastino a giustificare l'ammissione o la reiezione della domanda.

Ora vediamo che si comprenda nella competenza del pretore come giudice momentaneo per causa d'urgenza, indipendentemente dalla controversia di merito.

Il pretore decide sullo stato di fatto. Può ordinare la sospensione del lavoro semplicemente, ma dubitando del buon diritto dell'oppositore gli dà carico di una cauzione per gli effetti dell'articolo 698 o 699 del Codice civile. Se l'attore non adempie alla condizione, *il provvedimento* non ha effetto; se invece il convenuto non obbedisce al precetto di sospensione, il giudice, quasi vindice della propria autorità, può altresì ordinare la demolizione dell'opera, e la riduzione *delle cose nel pristino stato* (art. 940 ultimo capoverso) (***).

Tutto questo entra per assoluto nella competenza pretoriale.

Le due prime parti dell'articolo 940 ci fanno sapere: *che quando il giudice procedendo sopra semplice ricorso, parte non citata*, ha dati dei provvedimenti d'urgenza, *spetta alla stessa parte* il fare le notificazioni prescritte e la citazione successiva; se i provvedimenti temporanei furono dati dal giudice, *in seguito di citazione*, egli stesso, il giudice, esaurita la sua giurisdizione d'urgenza, ordina la citazione avanti se stesso *come giudice della controversia purchè sia competente.*

Non è senza interesse avvertire a questo luogo un lato differenziale delle azioni possessorie. Il pretore, senza riguardo a valore, mantiene la sua competenza sino all'esaurimento completo dell'azione; *anche l'azione possessoria ha il suo diritto* (*jus possessionis*); per altro la indagine non si eleva mai sino all'esame della proprietà, *sino al petitorio;* il campo che percorre il giudice del possessorio è più esteso,

(*) Perchè un'opera incompleta rare volte costituisce un pericolo attuale e irreparabile.

(**) Il giudice decretando provvedimenti istantanei sopra semplice ricorso, dichiara egli stesso il caso della massima urgenza.

(***) È la prima volta che questo punto di diritto giudiziario viene accertato da una legge espressa.

ma il giudice percorrendolo rimane pur sempre nei limiti del proprio oggetto che è il semplice possesso.

Invece l'ufficio del giudice chiamato a provvedere nel pericolo di novità minacciose, si esaurisce sull'atto, guidato da un primo intuito e da un'apparenza di ragione; e a questo effetto la sua competenza non ha limiti di valore, ossia si esercita senza riguardo a valore. Dopo ciò *comincia una controversia di diritto*; controversia che può restringersi alla conferma o revoca dell'istantaneo provvedimento preso dal giudice; e può anche portarsi in più vasto campo coll'istaurarsi un giudizio diretto a definire il diritto di proprietà intorno al quale si agitano queste secondarie contese.

Perciò la legge è venuta replicatamente dicendo che la *citazione* che sussegue i provvedimenti temporanei presi dal giudice, *deve inviarsi all'autorità competente*. Il pretore, come giudice d'urgenza, ha cessato di esserlo: resta a vedere se lo sarà ancora per la conseguente controversia del merito.

Osservate che il pretore poteva essere stato invocato in un giudizio principale *di cui la istanza provvisionale non sia che incidente* (capoverso dell'articolo 938). La sua competenza di merito essendo così stabilita, egli non fa che destinare la propria udienza (*).

Dopo il giudizio d'inibizione può istituirsi *un giudizio possessorio* all'oggetto di stabilire che il fatto contro il quale si è ottenuta o non ottenuta la inibizione, è una molestia inferita al nostro tranquillo e giuridico possesso; quindi lo spediente provvisorio può diventare definitivo, ovvero ottenersi per altra via, ciò che non si è potuto conseguire: definitivo s'intende sino all'azione petitoria (**).

Ma volendosi invece continuare il giudizio inibitorio dopo il provvedimento istantaneo, *dovendosi allora conoscere il diritto*, il giudizio diventa petitorio. In una magistrale sentenza, per intero trascritta nel *Commentario del Codice sardo*, vol. I, part. I, pag. 277; *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, vol. I, pag. 290), questo soggetto è svolto coll'ampiezza di un trattato. In sì difficile tema mi piace di riferire il seguente passaggio che è della maggior precisione: « Considerando che nel giudi« zio di remissione (quello che ha luogo dopo la « semplice inibizione in via di fatto) viene in « esame un'azione affatto petitoria, *quando non « si eleva disputa sul possesso, ma sulla pro« prietà o sul diritto d'innovare*. Qui, dice il « denunziante all'altra parte, voi non potete « continuare i lavori, o dovete distruggere le « opere fatte, non perchè a voi manchi il pos« sesso della cosa dove innovate, ma perchè « voi non avete diritto ad innovare ».

Qui la sentenza enuncia alcuni casi di cui è evidente la opportunità: 1° Quando si dimostri che la nuova opera pregiudica ad un fondo che mi appartiene di diritto, quantunque io non ne sia il possessore; 2° Quando colui che ha sofferta la inibizione si accinge a provare che esso, essendo proprietario, e non facendo male ad alcuno, edifica con diritto; 3° Se trattasi di condomino che innova nelle cose comuni (***). In queste ed altre evenienze, o il giudizio che succede all'inibitorio sia possessorio o petitorio *quoad jus novandi*, o petitorio finalmente *quoad proprietatem*, egli è certo che sorge una giurisdizione nuova, una giurisdizione che astrae da quella di puro e semplice fatto esercitata dal pretore, e prende norme dalle regole generali della competenza.

(*) Il giudizio d'inibizione può essere *incidente di un giudizio petitorio*; non però una domanda possessoria, sempre incompatibile e ripugnante al petitorio. Non si nega che talvolta la natura delle cose è tale che il possessorio e il petitorio negli interdetti stanno come di forza insieme, onde VOET: « Eisi vero interdictis « plerumque de possessione sola agitur, quandoque au« tem simul de proprietate vel quasi-proprietate con« tenditur » (ad Pand., l. XLII, tit. 1, n° 2). Ma la qualità della istanza e l'oggetto che si propone, in quanto l'uno o l'altro prevale, decide della competenza.

(**) Il mio vicino aveva cominciato dei lavori allo scopo manifesto d'impedire mediante una chiusa un deflusso di acque che alimentano le mie macine. Col giudizio inibitorio ho ottenuto la sospensione. Riparato all'urgenza, ed essendo ancora dentro l'anno, faccio istanza in possessorio affinchè si dichiari che io debba esser mantenuto in possesso contro quel manufatto, e l'avversario sia costretto a demolirlo colle conseguenze del danno.

(***) Si pone anche un altro caso. Suppone che *si possa denunciare la nuova opera anche oltre l'anno del possesso*, e dicesi doversi perciò assumere di necessità un giudizio petitorio per annullare la inibizione. Io fatto di denuncia di nuova opera dichiaro l'articolo 698 del Codice civile *non potersi intimare oltre l'anno del suo cominciamento*: ciò non inchiude come necessario estremo il possesso del denunciante.

TITOLO XII.

DELLA ESECUZIONE DEGLI ATTI DELLE AUTORITÀ STRANIERE

Articolo 941.

La forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere è data dalla corte di appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, premesso un giudizio di deliberazione in cui la corte esamina:

1° Se la sentenza sia stata pronunziata da una autorità giudiziaria competente;

2° Se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti;

3° Se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci;

4° Se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno.

Annotazioni.

1. *Dei diritti autonomi dello Stato quanto all'accettazione delle leggi straniere, ed alla esecuzione dei giudicati stranieri.*

Lo Stato accetta, generalmente parlando, le leggi dello straniero e le applica in quanto hanno influenza sulla condizione giuridica delle persone o sui loro civili rapporti; ma non accetta senza esame gli atti dell'autorità straniera, il cui carattere è quello d'imporsi alla volontà individuale per costringerla anche col mezzo della forza a prestarvi obbedienza. Onde mai questa differenza? Se si parte dal principio che ogni sovranità è limitata dal proprio territorio, e non estende oltre quello la potenza dei suoi civili ordinamenti, perchè giudichiamo noi, ove d'uopo, colla legge straniera che preferiamo alla nostra, mentre quando si tratta di giudicati o di atti esecutivi vogliamo prima vedere, e senza il placito nostro non hanno effetto?

Si potrà rispondere che le leggi straniere ottengono autorità dallo Stato in quanto la nostra stessa legge ne permette l'applicazione (articoli 6, 8 e 9 delle disposizioni preliminari del Codice civile). Ma la risposta non appaga. Perchè, prescindendo da ciò che la legge civile non enumera fuorchè alcune delle cause di applicazione della legge straniera, è indubitato che nella giurisprudenza di tutti i popoli civili venne ritenuto che in fatto di capacità personale, e rispetto alla forma degli atti, e dove le obbligazioni contrattuali s'incontrarono sotto l'impero di altre leggi, dovessero quelle osservarsi come costituenti il gius delle parti; solo in ordine alle successioni il principio autonomo nazionale oppose maggior resistenza (*). Al contrario, i giudicati stranieri si consideravano non esistenti a danno del nazionale o del suddito di altro Stato, e non obbligatorii nello Stato medesimo, salvi i trattati politici.

Vi è nella natura delle cose una forza invincibile che si subisce quasi senza tenercene conto e perchè sentiamo che così dev'essere. Per quanto altamente si professi l'esclusivismo delle leggi nazionali e si rigettino, quasi spuria importazione, quelle dello straniero, è impossibile attribuire alle leggi nazionali quella onnipotenza che non possono avere. Così per dirne una, alcuni fra i governi ristaurati in Italia dopo il 1814 proseguivano dell'odio il più cordiale le leggi francesi che ben tosto abolirono; ma dovettero accettarle per tutti i fatti avvenuti anteriormente sotto l'impero di esse, eziandio a vantaggio di qualche straniero e a pregiudizio dei soggetti. E questa neces-

(*) Oggi però questo principio liberale solennemente trionfa nell'articolo 8 delle prefate disposizioni.

sità dei fatti compiuti si fece sentire non minore, quando in pieno esercizio della propria autorità, quei governi erano condotti a dovere giuridicamente conoscere della capacità personale dello straniero che reclamava i proprii diritti contro un suddito dello Stato; che sosteneva, per esempio, che nel proprio Stato trovandosi ancora minore dopo gli anni ventuno, benchè fosse quella la misura dell'età maggiore nello Stato nostro, dovevasi perciò ritenere inefficace e nulla la obbligazione da lui contratta. E così dicasi in altri casi nei quali si scorge evidentemente che le nostre leggi sono razionalmente impotenti a deciderli, o perchè allora non esistevano, o perchè, esistenti, erano ignorate e non accettate dai contraenti, o perchè la condizione giuridica della persona si sviluppò in un'atmosfera nella quale i nostri principii giuridici e politici non avevano la menoma influenza. Poichè adunque è impossibile, senza un egoismo degno di barbari, di trarre tutto il mondo al nostro centro; e poichè a non volere informarci che ai nostri modelli, non si potrebbe fare una giustizia che ne meritasse il nome, ne segue che lo studio e l'applicazione della legge straniera è una legge della ragione che gli Stati civili accettano, meno per mutua osservanza delle rispettive autonomie, che per debito sacro e irrecusabile di giustizia.

Ma perchè non accettiamo colla stessa facilità e collo stesso sentimento di giustizia i giudicati dell'autorità straniera come accettiamo, generalmente parlando (*), le leggi del loro Stato? Due grandi poteri esistono e si esercitano negli Stati civili: quello di promulgare le leggi, quello di render giustizia applicandole ai fatti giuridici. Noi guardiamo codesti poteri e la loro efficacia sotto diversissimo aspetto. Riconosciamo il potere legislativo, come altri riconosce il nostro; *ma ci riserbiamo l'esercizio effettivo della sovranità nel nostro Stato*; il quale esercizio della nostra sovranità si manifesta eziandio nel momento in cui spontaneamente e ragionevolmente accettiamo le legislazioni straniere e ne facciamo convenevole ragguaglio. I giudicati invece, improntati dell'autorità sovrana del paese da cui emanano, *ci verrebbero imposti, e noi dovremmo subirli*. Applicare spontaneamente le altrui leggi, come or ora dissi, è atto della nostra autonomia; ma se lo Stato accetta senza esame il giudicato straniero, è obbligato a crederlo e ritenerlo giusto, legittimo, innocuo a se stesso, ponendosi in una condizione totalmente passiva.

In ordine ad un giudicato straniero il problema da sciogliere è sempre: *se debba avere o no esecuzione nello Stato*; il che equivale al dire, se lo Stato debba consacrare colla propria autorità una decisione che potrà colpire il cittadino nei beni o nella persona per costringerlo ad obbedirvi. L'efficienza pratica e reale che ne deriva, mostra sempre più quanto questo assunto giuridico sia diverso da quello che concerne l'accettazione della legge straniera fatta dai tribunali dello Stato per definire rapporti di diritti influiti da quella legge; ed essendosi presentato non ha guari alla Cassazione torinese una specie nella quale assai bene si ravvisa questa differenza, mi sia permesso di rammentarla.

Tizio fu dichiarato in istato di fallimento da un tribunale di commercio della Toscana, prima della unione delle provincie italiane. Dopo questa pronunzia Tizio vende a Caio un fondo che egli aveva molti anni innanzi impegnato con ipoteca, il quale fondo era situato nella dizione pontificia. Questione di nullità, sostenendosi dai creditori del fallimento che Tizio, nella sua condizione di fallito privato dell'amministrazione dei suoi beni, non poteva alienare. Tizio sosteneva non essere opponibile una sentenza che non era mai stata resa esecutoria dai tribunali pontificii. Rispondevano i contrarii, che la sentenza di fallimento costituisce uno stato d'incapacità che si rispetta anche dalle legislazioni straniere, non potendo uno esser fallito in un luogo e non fallito in un altro: risposta ch'ebbe l'autorevole appoggio di uno dei più chiari rappresentanti del pubblico Ministero: circostanza che basta a provare quanto la controversia fosse grave. Con tale sistema il difetto allegato non aveva nella fattispecie veruna influenza. La Corte suprema decise che non essendo stata resa esecutoria la sentenza nello Stato pontificio, Tizio, rapporto ai beni che ivi possedeva, era rimasto nella pienezza dei suoi diritti (**).

La incapacità che è creata dalla legge del paese a cui la persona appartiene, è molto diversa, quanto alla sua ubiquità, da quella che consegue da una decisione dell'autorità giudiziaria. Non è questa *la incapacità naturale* (secondo le proprie leggi) che modifica così essenzialmente la personalità, che in qualunque paese se ne voglia giudicare deve ritenersi tale. La incapacità civile che deriva

(*) Ripeto questa clausola per una ragione che si vedrà più avanti.

(**) Sentenza 13 aprile 1867, ricorso Graziani-Valentini.

da una sentenza, è il prodotto del criterio e della ragione dei giudicanti, e intanto esiste in quanto quella sentenza esiste; e non esiste negli Stati che quella sentenza non approvarono.

2. **Precedenti storici.** — Se il giudicato straniero colpiva un suddito in favore di uno straniero, non aveva effetto e doveva assoggettarsi alla revisione dei tribunali nazionali; se invece il giudicato, quantunque fosse per eseguirsi in paese, non era pronunciato contro il nazionale, ma contro lo straniero o fra stranieri, o non portava che la condanna dello straniero, si riteneva eseguibile con un semplice *pareatis*, ordine materiale, non accompagnato da esame. Tal costume era in Francia prima e dopo la ordinanza del 1629. La giurisprudenza, col progredire, si venne accordando nel punto di passare a revisione tutte quante le sentenze proferite all'estero; solo intorno alla quantità, per così esprimermi, della revisione, se cioè si dovesse fare totale e nel merito e nella forma riguardo allo straniero, come facevasi riguardo al nazionale; ovvero quando la sentenza non fosse gravante che al suddito estero, la revisione dovesse limitarsi alle forme dell'atto senza studio dell'intrinseco, fortemente si disputava; di che basterà vedere il DALLOZ (*Répertoire des droits civils*, n° 417 e seg., e *Jugement*, n° 403 e 404).

La questione comprendeva un problema elevato, poichè rivedendosi interamente la sentenza per riconoscerne la regolarità e la giustizia, trattandosi di un cittadino, lo Stato esercita un diritto di protezione ragionevole e incontestato; tanto più accettabile quanto, potendo il governo d'ogni paese farlo valere a tutela dei proprii cittadini, verrebbe per tacito consenso dei popoli a stabilirsi che le rispettive decisioni giudiziarie non hanno un valore assoluto che sopra i sudditi dello Stato, e nei limiti del territorio. Ma potrebbe forse il potere esecutivo di uno Stato sindacare la giustizia delle sentenze proferite all'estero contro sudditi d'altri Stati, solo perchè tali sentenze dovessero aver seguito, e diciamo pure, esecuzione reale nel suo territorio? Una tale ingerenza non sarebbe arrogante e lesiva della indipendenza delle altre nazioni? Tal era il dubbio che travagliò lungamente i pubblicisti francesi; nondimeno prevalse l'idea *della revisione completa* quando vi fosse interessato un francese, sebbene la sentenza fosse a lui favorevole.

In Italia le legislazioni posteriori alla dominazione francese hanno tenuto vie diverse. Esistendo trattati politici, a questi si riferivano. Nelle Due Sicilie la giurisprudenza fu molto oscillante, ma da ultimo erano stati adottati i veri principii; il che può vedersi in alcune magistrali decisioni di quella Corte suprema portate per distesa nel Commentario del Codice sardo del 1854 (vol. v, part. i, pag. 109 e seg.). In Toscana le sentenze estere non avevano forza di cosa giudicata, ed erano soggette a revisione anche di merito; si rispettavano quali documenti autorevoli che avevano la presunzione della rettitudine e della giustizia; e chi sosteneva il contrario doveva provarlo; dal caso in fuori che la sentenza fosse stata pronunciata in contumacia (*Annali di giurisprudenza*, vol. ii, part. ii, pag. 1017, vol. iii, part. ii, pag. 10, vol. vi, part. ii, p. 416, vol. x, part. ii, pag. 7, ecc.). Presso a poco questa giurisprudenza era tenuta in Modena. La materia delle esecuzioni delle sentenze estere era stata assai bene e civilmente ordinata nello Stato pontificio dalla Notificazione dell'11 marzo 1820.

Le RR. Costituzioni del Piemonte ponevano fondamento nella reciprocità (§ 12, cap. iv, tit. xxii, lib. v). Il R. Editto 16 luglio 1822, in materia ipotecaria, dichiarò che i giudicati esteri non avrebbero efficacia se non sostenuti da convenzione politica fra i due paesi. Ciò era letteralmente ripetuto nell'articolo 2184 del Codice civile albertino. Ma rispetto ai giudicati esteri in genere, era adottato il facile e sistema della reciprocità. « Riguardo ai « giudicati proferiti in paese estero si osser- « verà ciò che si pratica nel paese medesimo « rispetto a quelli dei tribunali regi, senza « pregiudizio delle regole e degli usi relativi « alla loro esecuzione ».

Poco c'importa conoscere quali fossero le pratiche allora in uso, abbastanza semplici per chi era naturato a siffatte consuetudini; ma quando entrò negli animi, già volti rapidamente al progresso in queste regioni subalpine, l'idea di una radicale riforma degli ordini della procedura, si pensò seriamente a questa parte gravissima della legislazione.

Vi furono delle belle discussioni, in Senato specialmente; si fece anche qualche passo avanti; ciò che mancava era l'adeguato concetto di diritto pubblico che si dovea seguire; la redazione rimase incompleta per incompletezza d'idee.

L'art. 662 del Codice di procedura del 1854 raccolse quanto fu creduto doversi adottare in questo rapporto. Sia permesso indicarne i difetti, perchè per essi si metta in rilievo la bontà delle leggi posteriori.

Il principale difetto era certamente quello

di non determinare l'oggetto specifico della revisione e quindi di non determinare i confini della revisione medesima; e se ne inferiva logicamente che si potesse o dovesse applicare un esame di fondo ognivolta che le parti o il pubblico Ministero rimettessero in problema tutta la causa.

Altro difetto che teneva alla parte razionale o filosofica, se così vuol dirsi, del sistema, era quello di non far comprendere in verun modo ciò che non era difatti bene avvisato nella mente degl'istitutori, intendo lo scopo ideale della revisione o delibazione, consistente nel mantenere quelle guarentigie d'ordine e di giustizia che non sono di veruna sentenza in particolare, ma rappresentano dei principii pei quali si governa la vita civile dei popoli. La grettezza francese della individualità nazionale o non nazionale appare ancora in quella posizione privilegiata che si fa al *regnicolo* per riguardo al quale è interpellato ed emette voto il pubblico Ministero (citato articolo 662).

E difetto e imbarazzo non lieve era la chiusa di quell'articolo, quell'*eccettochè sia diversamente stabilito nei trattati politici*, che imponeva indagini difficili, e non aveva neppure un senso ben definito; e quella ultima limitazione che si fu costretti di fare in materia d'ipoteche ad omaggio degli articoli 2181 e 2188 del Codice civile albertino. Tutti questi difetti disparvero colla legge giudiziaria del 1859, tanto in sì breve giro d'anni le idee avevano progredito! (*).

3. *Esame specifico dell'articolo* 941.

a) Competenza.

Coi primi tre numeri lo Stato vuole assicurarsi che esiste una vera sentenza; una sentenza che ne merita il nome, nel rispetto della giustizia generale, di quella giustizia che è di tutti i popoli e di tutti i tempi. Prima condizione della quale è che la condanna sia legittimamente pronunziata, cioè *da autorità giudiziaria competente secondo le leggi del paese*, che supponiamo un paese regolato da leggi di cui non sia per vergognarsi un popolo civile.

Noi sappiamo che il concetto della competenza si osserva sotto due aspetti, *generale* e *speciale*. Generale diciamo l'abito o podestà di sedere *pro tribunali*, di proferire sentenze, abito e podestà di magistrato giudiziario sancito e consacrato dal potere sovrano dello Stato; e questo noi dobbiamo primamente indagare, occorrendo anche per le vie diplomatiche, e conoscere. Viene in secondo la competenza *speciale* o relativa alla causa di cui si tratta.

È forse la competenza del tribunale straniero di cui dobbiamo restar capaci; *o piuttosto quella che si determina per le nostre medesime leggi?*

Io sono convinto che la competenza speciale è bensì una delle indagini del giudizio di delibazione; ma essa, almeno generalmente parlando, deve osservarsi in relazione *alle leggi del paese in cui la sentenza fu proferita*. Quanto allo straniero, la cosa sarebbe fuori di ogni dubbio. Donde mai si potrebbe dedurre che il francese, per essere regolarmente giudicato, doveva esserlo secondo le norme di competenza dell'ordinamento italiano? Ma sarà forse altrimenti rispetto al cittadino italiano? Egli firmò in Vienna una obbligazione che la sottopose alla giurisdizione di quei tribunali. Ivi fu citato e condannato. Il viennese avrebbe anche potuto citarlo avanti i tribunali italiani in ragione di domicilio; ma s'egli preferì il foro del contratto, era nel suo diritto. Vorranno o potranno i nostri tribunali negare quella competenza? Non sarebbe lo stesso che negare all'austriaco il diritto che aveva, e sconoscere la competenza alla quale l'italiano si era assoggettato firmando quella obbligazione? È in questo modo che si deve intendere la mutua corrispondenza della giustizia degli Stati civili?

Ho dato il mio giudizio, qual ch'egli sia; ma farei troppo a fidanza coi dotti miei lettori se lo abbandonassi la mia argomentazione a questo punto. In effetto vi sono delle difficoltà a superare e delle distinzioni a fare troppo necessarie (**).

Per riuscire più chiari, da buoni Italiani osserviamo le cose dal nostro punto di vista.

Noi non abbiamo stimato di mancare a quei principii di libertà generale che vantiamo, facendoci centro di competenza per gli stra-

(*) Fra Sardegna e Francia esisteva il trattato del 24 marzo 1760, che un secolo dopo riceve *spiegazioni*, così chiamate, quali la nuova civiltà giudiziaria desiderava in conformità colla nostra legislazione del 1859 (11 settembre 1860).

(**) « C'est pourquoi (a non distrarre i sudditi de la « jurisdiction de son souverain) les lois de plusieurs « Etats en exigéant, comme condition à la exécution « d'un jugement étranger, que le tribunal qui l'a pro- « noncé ait été compétent, *n'apprécient pas cette com- « pétence suivant la loi et la jurisprudence du lieu où « le jugement ait été rendu, mais suivant celles du lieu « d'exécution* » (FELIX, n° 321, nota 3). Anche quando trattasi di esecuzione di sentenza contro uno straniero *va estimata* (la competenza) *colle leggi del nostro territorio indipendentemente da quella ove il giudicato fu proferito* (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. i, n° 226). Ho trascritto queste parole perchè non si dica che io combatto un'opinione che non è seria.

nieri *a*) se nel territorio nostro esiste la materia che forma l'oggetto dell'azione che si promuove in giudizio; *b*) se la obbligazione assunta dallo straniero ha origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o denno avere esecuzione nel regno (articolo 105). Quando poi constasse che in paese straniero il cittadino italiano fosse assoggettato a quella giurisdizione per una ragione qualunque non contemplata nel nostro Codice, noi faremo al cittadino dell'estero Stato lo stesso giuoco; e questo chiamasi, nell'articolo 105, n° 3, *reciprocità*. Altri eventi sono considerati nell'art. 106.

Le disposizioni che veniamo dal ripetere riassumono quasi interamente il concetto e le frasi del famoso articolo 14 del Codice civile francese, il quale, secondo il Félix (numero 169), fu giudicato dalle altre nazioni come contrario al rispetto dovuto alla loro indipendenza. Nel risultato, i Francesi che posero quella legge, dimenticando poi il principio *quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur*, non vollero riconoscere negli altri Stati lo stesso diritto rapporto ai connazionali. Laonde, almeno nel maggior numero dei casi, quando si trattava di mandare ad esecuzione sentenze estere contro un francese, non apprezzavano il diritto della competenza che in relazione all'organismo delle stesse leggi francesi; ossia secondo le leggi del luogo della esecuzione. Ciò equivale senza dubbio al ritenere che il nazionale è mai sempre distratto dai suoi giudici naturali quando viene giudicato da tribunali di altri Stati; e la conseguenza è questa, che *dovrà in principio rifiutarsi la esecuzione dei giudicati stranieri* contro cittadini che sarebbero stati condannati da tribunali incompetenti perchè quei tribunali erano stranieri.

Insomma il cittadino non può mai essere giudicato che da tribunali nazionali; non lo può mai essere da tribunali stranieri. Noi ci arroghiamo, è vero, di giudicare gli stranieri in determinate circostanze; ma non usiamo lo stesso trattamento verso altre nazioni amiche e civili i cui tribunali pronunciassero sentenza condannatoria di cittadini italiani, benchè osservando la maggior regolarità.

Questa generosa dottrina internazionale predicata dal Félix (n° 321) e da altri anco non francesi « devra être appliquée également dans « les cas *où le régnicole défendeur aura volontairement plaidé* devant les tribunaux étrangers, parceque *il ne lui est pas permis de renoncer à la jurisdiction de son souverain en se soumettant à une jurisdiction étrangère* ».

Il che significa che in verun caso si riconoscerà una giurisdizione straniera pei cittadini dello Stato.

Allora io domando: a che serve la indagine della competenza? La legge doveva dire che quando si tratta di cittadini dovrà essere sempre reietta la esecuzione del giudicato straniero; o i tribunali dello Stato dovranno giudicare *ex novo*.

Vero è che i propugnatori di questa dottrina concedono senza difficoltà che *pei fatti di giurisdizione volontaria* è consuetudine di accettarli reciprocamente da Stato a Stato, *ob reciprocam utilitatem*, per la frequenza dei casi, e perchè sarebbe di troppo incomodo il fare altrimenti (Glück, *Commentaire*, tom. III, § 193; Félix, n° 456). Ma si ha cura di far rilevare le note differenze fra giurisdizione volontaria e contenziosa perchè bene si comprenda che con ciò non si limita in verun modo la teoria adottata rapporto alla giurisdizione contenziosa.

A me pare di vedere in queste idee qualche cosa di rugginoso e di antiquato, e ho fiducia che le teorie del diritto internazionale si verranno facendo più eque e conformi alla desiderata fraternità dei popoli civili. Ma intanto, senza dipartirci dal testo, vediamo tolta ogni distinzione di persone, e quindi non potersi desumere dal testo medesimo che la competenza, *quanto allo straniero*, sia da ragguagliarsi a quella delle leggi del proprio paese, e invece *quanto all'italiano* debba ragguagliarsi alla stregua del nostro regolamento organico. Ciò porterebbe, come notai, il rifiuto sistematico di ogni esecuzione di giudicati stranieri rapporto ai cittadini dello Stato.

« Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali » dice l'articolo 71 dello statuto; e ciò s'intende di forza: ma se il cittadino italiano, capace e libero di sè, si obbliga validamente in guisa che, mediante questa sua obbligazione, si assoggetta alla giurisdizione di tribunali esteri, *egli non è distolto dai suoi giudici naturali*, ma accetta spontaneamente e volontariamente quella giurisdizione. Strano sarebbe, e più che strano incredibile, che un italiano dimorante a Londra, e che ivi si obbliga commercialmente per causa di una impresa industriale, e viene condannato da quei tribunali, dovesse dirsi *distolto dai suoi giudici naturali*, e quindi la sentenza non dovesse mandarsi ad esecuzione sopra i beni che possiede in Italia, quantunque il debitore fosse stato giudicato da tribunale che in Inghilterra era competente.

Concludo:

La Corte d'appello, rapporto alla compe-

tenza, dove esaminare: 1° *se la decisione straniera fu proferita da un magistrato che in quella regione avesse abito di competenza*; 2° *se in ordine a quelle leggi il magistrato era competente, in ispecie, nella proposta questione.* E questa competenza dovrebbe accettarsi ancorchè, potendo il convenuto opporre la incompetenza *speciale*, non si fosse prevalso del suo diritto; semprechè non risultasse che quel tribunale era radicalmente incompetente, o che l'adesione fu inconsulta, irragionevole, senza causa (*).

Io posso invocare una decisione molto recente della Corte di Napoli, ove la giurisprudenza aiuta di continuo il progresso della civiltà. Ritenne la competenza del tribunale di Francia, la cui sentenza doveva mandarsi ad esecuzione, collocandosi, come doveva, nel punto di vista del francese, a cui favore stava l'articolo 14 di quel Codice (sopra indicato) e la stessa legge italiana. La quale proclamando la nostra competenza sullo straniero, in casi stabiliti, impone alla nostra onestà di rispettare la posizione consimile che lo straniero ottiene dalle leggi del proprio paese (sentenza 18 marzo 1865, BETTINI, tom. II, pag. 154).

b) Citazione legittima.

La citazione è altro dei fondamenti essenziali del giudizio; è uno dei canoni, diciamolo con altre parole, del dogma universale giudiziario, osservato da tutti i popoli civili. Ma qui pure bisogna mettersi nel punto di vista dell'ordinamento straniero e non del nostro, ed accettare anche quegli equivalenti che nelle rispettive procedure sono ritenuti legittimi (**).

c) Rappresentanza o contumacia legittima.

Vogliamo essere persuasi che il convenuto si è difeso, o ha potuto difendersi; che le guarentigie che quelle leggi assicuravano sono state mantenute e convenientemente applicate.

d) Disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno.

Le prime indagini relative ai tre primi numeri appartengono alla protezione della giustizia privata, queste alla tutela del diritto dello Stato; esercizio incontrastabile, eminentemente legittimo, della sovranità nazionale.

Diremo poche parole qui dove ce ne vorrebbero troppe. *L'ordine pubblico* e il *diritto pubblico* che i nostri magistrati hanno l'alta missione di custodire, sono concetti diversi nello spirito di questa legge: ma come si distinguono? Intenderemo *contrarie all'ordine pubblico* quelle determinazioni che hanno attitudine ad offendere la tranquillità, lo stato politico del paese, e il senso dell'onestà generale; che influiscono sulla vita attuale e pratica, anzichè sui principii. Contrarie al *diritto pubblico interno*, le determinazioni che offendono più direttamente le istituzioni del paese e i principii che le governano. Dovrà non meno rigettarsi la esecuzione di quelle sentenze che violano e sconoscono il nostro *diritto pubblico esterno*; o apprezzano le nostre relazioni all'estero in un modo contrario a quello che noi sogliamo giudicarle: per esempio, riconoscendo come esistente e valido un trattato politico, un concordato, che noi non ammettiamo, o crediamo aver cessato di esistere.

Non riguardano altresì il diritto pubblico interno le questioni che concernono lo stato personale del cittadino italiano, il godimento dei suoi diritti civili e di famiglia? Ciò è indubitato anche per l'articolo 6 delle Disposizioni preliminari al Codice civile. « Lo « stato e la capacità delle persone ed i rap« porti di famiglia sono regolati dalla legge « della nazione a cui esse appartengono ». Noi ne abbiamo fatto un principio esteso a tutte le nazionalità, e professiamo di rispettarlo per tutti i paesi. Ma dobbiamo noi occuparci eziandio della integrità personale dello straniero? Una decisione non conforme a quel diritto che lo straniero poteva pretendere avanti i tribunali della propria nazione *offende forse il nostro diritto pubblico interno?* Io penso che non debba a tanto estendersi il nostro esame, ed abbia per questo rispetto ad osservarsi l'autorità del giudicato.

4. *Se la sentenza proferita da magistrato straniero e dal nazionale dichiarata eseguibile, viene rivocata o annullata, quale sarà la conseguenza?*

Noi abbiamo mandata ad esecuzione una sentenza della Corte di Lione, che la Cassazione francese ha di poi annullata. Indi è seguito il giudizio di rinvio che ha infirmata quella della Corte di Lione. I nostri magistrati, vista la seconda sentenza, danno anche a questa *forza esecutiva*. È chiaro che il vincitore potrà valersene per far annullare gli atti di esecuzione che si fossero praticati nel nostro Stato in virtù della prima sentenza. In tal modo le nostre autorità giudiziarie, che accettano il ti-

(*) Lo stesso io credo avvenire se l'italiano si fece attore, e rimase soccombente, qualora si trovasse che il tribunale adito era incompetente.

(**) Talvolta nei casi d'urgenza il magistrato è autorizzato dalle leggi vigenti a procedere senza citazione; ma suolsi provvedere al diritto della difesa colla pronta notificazione e colla facoltà della opposizione.

tolo dallo Stato straniero, seguono fedelmente le vicende del giudizio, come se derivassero dalla nostra giustizia indigena, sempre riservate le investigazioni preliminari che sono nostro dovere e nostro diritto. La istituzione di cui parlo, cioè quella della Cassazione onde si annullano sentenze ed atti esecutivi, è così uniforme al nostro diritto giudiziario, che noi stessi l'abbiamo ricevuta dallo straniero. Ma fosse pure diversa, non conosciuta fra noi, dovremo noi occuparci dell'organismo giudiziario degli altri paesi, retti pur essi a fogge civili? Come si disse, parlando in genere della eseguibilità della sentenza, non dobbiamo occuparcene se non per vedere se furono osservate le norme legali che regnano presso quel popolo.

Articolo 942.

Il giudizio di delibazione è promosso con citazione in via sommaria degli interessati e deve sentirsi il ministero pubblico.

La parte che lo promuove deve presentare la sentenza in forma autentica.

Se l'esecuzione di una sentenza sia richiesta nelle vie diplomatiche, e la parte interessata non abbia costituito un procuratore che promuova il giudizio di delibazione, la corte d'appello, sulla istanza del ministero pubblico, nomina d'uffizio alla stessa parte un procuratore che lo promuova in nome di lei.

Annotazioni.

1. Il *giudizio di delibazione* può esser promosso dalla parte interessata e richiedersi *per le vie diplomatiche*, nel qual caso il Ministero del regno si mette in relazione colla Corte che deve giudicarne (*). La Corte nomina un procuratore, il quale promuoverà il giudizio che ha sempre il suo inizio *da una citazione in via sommaria*, cioè a udienza fissata dal presidente della Corte.

2. *Quale sia la Corte d'appello competente al giudizio di delibazione.*

Dice l'articolo 941: « La Corte d'appello *nella cui giurisdizione le sentenze devono essere eseguite.*

Si suppone determinato il luogo nel quale la materiale esecuzione della sentenza dovrà consumarsi. È questo un fatto che può avvenire, anzi d'ordinario avviene. Uno straniero vuole eseguire la sentenza che condanna il nazionale al pagamento di una somma, sui beni che questi ha nel territorio di Genova, e cita avanti quella Corte: ciò è testuale. Ma la parola *esecuzione* ha un significato più esteso. La espressione della legge è esatta — *la forza esecutiva alle sentenze... è data...* Ciò che s'invoca egli è che sia data *forza esecutiva alla sentenza:* quanto dire sia formalmente riconosciuta al pari di una sentenza emanata dalle autorità dello Stato. In conseguenza sarà dotata di quella virtù, di quella efficacia che hanno le sentenze dei tribunali nazionali; virtù generale non al solo effetto della esecuzione materiale, ma per ogni altro effetto giuridico che non tien sede, per dir così, in verun luogo, ma abbraccia relazioni indefinite che in molte guise possono manifestarsi. Per dare un esempio, Tizio, italiano, è stato dichiarato fallito da una sentenza pronunciata all'estero; e questa riceve *forza esecutiva* nel regno. Tizio forse non ha beni nel regno; o ha dei crediti sparsi qua e là, che è ancora incerto se, e in qual modo, potranno assicurarsi a pro dei creditori. L'effetto generale ma diretto della sentenza riconosciuta nel regno sarà la inabilitazione del fallito a far contratti; sarà l'annullamento di quegli atti a titolo lucrativo, che si proveranno fatti in prossimità del fallimento, ecc. Di presente manca un oggetto determinato e certo di esecuzione; non è possibile a dire in qual distretto di Corte d'appello *si eseguirà la sentenza.*

Quale adunque sarà la Corte d'appello competente?

È osservabile che la legge sembra avere stabilito questo criterio di competenza come il più ovvio, ma senza attribuire a siffatta competenza quell'effetto esclusivo e incomunicabile, userò questa parola, che suolsi ordinariamente, attesochè ci erudisce l'articolo 949 che, una volta accordata da magistrato competente la forza esecutiva al giudicato straniero, la esecuzione può farsi *anche in altre giurisdizioni.*

Se pertanto l'oggetto della esecuzione non

(*) Per le RR. Costituzioni di Piemonte la domanda era fatta *con requisitorie* (lib. II, tit. III, cap. I, § 13).

è determinato, non si avrebbe più ad applicare la disposizione dell'articolo 941, ma convien ricorrere ad un altro criterio. Quello che domina nel detto articolo è *reale*; se questo manca, restano a seguirsi le regole generali della competenza: l'indirizzo *personale* della residenza e domicilio del convenuto (*). Non si cadrà mai in errore, non saremo mai censurabili, seguendo questa norma la più favorevole alla libertà della difesa.

Articolo 943.

Per l'esecuzione nel regno dei provvedimenti di sequestro dati da autorità giudiziarie straniere, si osservano le disposizioni dei due articoli precedenti in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. Si concepisce difficilmente come un magistrato straniero possa ordinare un sequestro sopra cose e sostanze che sono nel nostro territorio. Era competente quel magistrato ad ordinare il sequestro? Per certo sarà la prima indagine. È questa una legge del tutto nuova; ed ecco il dubbio che può suscitare. La eseguibilità del giudicato straniero implica fra le altre cose *che la lite abbia avuto il suo completo esaurimento*, poichè solo nell'ultimo risultato si può ravvisare se il contenuto del giudicato sia o no in corrispondenza coi principii che noi vogliamo salvi e rispettati nello Stato nostro. La legge indubbiamente parla di sequestro *giudiziario* o *conservativo*, mentre se il sequestro fosse *esecutivo*, ordinato dal tribunale estero, supporrebbe una sentenza di merito, una sentenza di condanna, sulla quale dovrebbe cadere il *giudizio di delibazione*. Si tratta dunque di un sequestro *giudiziario* o *conservativo*.

Accordando la forza esecutiva a tale sentenza, non si costituisce per avventura un precedente giuridico dannoso alla nostra libertà d'azione, a quella indipendenza di esame che dovrà un giorno spiegarsi sulla sentenza di merito? No certamente: ogni sentenza o provvisionale o interlocutoria, proveniente dall'estero, si manda ad effetto *per quanto in essa si contiene*, e nei limiti del proprio oggetto, e niente osta che altra sentenza, comunque possa dirsene il complemento o anche la conseguenza, possa riconoscersi ineseguibile nel nostro Stato.

2. Non dobbiamo perder di vista l'art. 10 delle Disposizioni preliminari del Codice civile.

« La competenza e le forme dei procedimenti sono regolati dalla legge del luogo in « cui segue il giudizio ». In questo giudizio l'esame della competenza ha un aspetto duplice. Il magistrato nazionale deve avere la coscienza della competenza propria. Il magistrato nazionale giudica quella dello straniero. Io credo doversi dare all'articolo 10 una portata molto ampia; l'importanza di un principio di diritto internazionale. La liberalità della nuova legislazione ha in questo disposto una novella testimonianza. Noi non poniamo il nostro tipo come esemplare agli altri paesi; noi rispettiamo le forme che ivi si usano, la competenza che ivi è sancita.

« I modi di esecuzione, dice l'articolo 10 « nel suo estremo periodo, degli atti e delle « sentenze sono regolati dalla legge del luogo « in cui si procede alla esecuzione ».

Questo tenore differenziale ha pur esso la sua importanza. Il processo esecutivo di una sentenza è distinto dalla sentenza stessa; se la sentenza è straniera, altri magistrati, altri riti presiedono alla sua esecuzione. Qui la nostra legge di procedura rientra nel pieno vigore del suo esercizio.

3. *Delle questioni di esecuzione che possono nascere dalla sentenza straniera dichiarata eseguibile.*

La esecuzione non potrà farsi nel nostro Stato se non osservate le prescrizioni del Libro II del Codice di procedura. D'uopo è pertanto che la sentenza contenga l'*oggetto concreto e specifico che si può realizzare mediante la esecuzione* sui beni del debitore.

Poniamo che la sentenza straniera non imponga *che la prestazione di un fatto*, con o senza comminatoria. Perchè la sentenza contenga oggetto di materiale esecuzione, altre operazioni restano a farsi. O dovrà passare

(*) Cioè dovrà citarsi avanti la Corte d'appello nel cui distretto ha residenza o domicilio il convenuto; se il convenuto fosse straniero, si seguiranno le regole date dal Codice per citare gli stranieri; e non verificandosi, rispetto alla competenza, veruna delle circostanze degli articoli 105 e 106, si osserverà l'art. 107, dato sempre che non si adombri in qualche modo il luogo concreto ove s'intende eseguir la sentenza per servire al disposto dell'art. 941.

un certo termine per adempire il fatto; o non prestandosi, si dovrà ottenere una condanna nei danni, e questi liquidarsi. È chiaro che una volta riportata la *eseguibilità della sentenza* nel regno, tali questioni che ne conseguitano si recano ai nostri tribunali. Se i giudizi hanno relazione al merito, dovendosi dare agli ordinamenti della sentenza quegli sviluppi ulteriori che si richiedono per mandarla ad esecuzione, la competenza sarà dei tribunali ordinarii: cioè fondata nei canoni generali di territorio e valore, come nelle altre azioni personali (*).

Se le questioni vertono sulla *esecuzione*, la regola dell'articolo 576 è positiva. Similmente le altre e varie norme sulla competenza locale, stabilite nel corso dei procedimenti esecutivi, sono da osservarsi.

Articolo 941.

La forza esecutiva agli atti autentici ricevuti in paese estero è data dal tribunale civile del luogo in cui l'atto deve eseguirsi, previo giudizio, in cui devono osservarsi le norme stabilite dagli articoli 941 e 942 in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. « Le forme estrinseche degli atti tra vivi « o di ultima volontà sono determinate dalla « legge del luogo in cui sono fatte » (articolo 9 delle Disposizioni preliminari al Codice civile). *Locus regit actum* (**). Il principio astratto e generale della *reciprocanza*, che dominava ancora in tutta la sua forza nel Codice albertino (articolo 1418), come in altri codici con esso in Italia, ora ha dato luogo al rispetto assoluto della legislazione straniera, colle savie e giuste modificazioni indicate dall'articolo 950. Ma altro è accettare la forma dell'atto come quello che determina rapporti giuridici fra le parti consenzienti; altro è infondere in esso una virtù costrittiva ed esecutiva sui beni o sulla persona del contraente. L'atto entra nella categoria dei *titoli esecutivi* che portano in fronte l'augusto nome del Re, e ricevono potenza legittima da chi in quel Nome amministra giustizia.

Si osservano le norme degli articoli 941 e 942 *in quanto siano applicabili*; ma intanto come sono applicabili quelle dell'articolo 941? Un atto contrattuale ha ben poco di comune con una sentenza pronunciata in via contenziosa.

Il tribunale civile farà tre indagini: 1° regolarità della forma estrinseca; 2° concorso delle forme intrinseche essenziali, capacità, consenso; 3° materia.

Quanto alla forma vi ha un rilievo importante. È d'uopo *che risulti la volontà delle parti di voler dare all'atto pubblico contrattuale la forza di un titolo esecutivo*. È d'uopo ancora che risulti *essersi data a questa volontà dei contraenti la efficacia possibile;* col munir l'atto di quelle dichiarazioni e di quelle formule che sono necessarie secondo la legge del paese, perchè possa funzionare, userò questa frase, quale titolo esecutivo. È con questo corredo, e in questa forma che diremo ufficiale, che l'atto si presenta al nostro magistrato onde vi aggiunga la sua sanzione.

La materia dell'atto può riguardarsi sotto due aspetti: 1° in ordine ai principii di diritto pubblico dello Stato; 2° in ordine a quelli che governano, secondo il diritto privato esistente, la validità delle convenzioni.

Il primo aspetto rientra nelle viste del n° 4 dell'articolo 941, ed è il solo letteralmente applicabile. Se il traffico della persona, l'esercizio dei doveri militari, il mercato di cose che noi definiamo inalienabili, sono la materia della convenzione, dovrebbe respingersi l'esecuzione; ciò è manifesto. Più contestabile, o almeno più difficile, è l'esame del diritto privato.

Quanto al diritto privato proporrei una suddistinzione. Fra gli atti che *involvono ragione di diritto pubblico*, e quelli che sono *puramente privati*. I diritti di famiglia, l'essere civile, la capacità, i diritti personali insomma, appartengono alla prima categoria. Se la convenzione, verbigrazia, fosse la conseguenza della legittimazione di un figlio adulterino, avvenuta in modo disforme da quello che le nostre leggi statuiscono, una tale convenzione non sarebbe riconoscibile. Fu deciso dalla Cassazione francese nel 13 agosto 1813. Similmente, se un cittadino italiano avesse subita interdizione per cause che noi non ammettia-

(*) Ciò dicasi eziandio se trattisi di ridurre a liquidità e precisione il credito per servire al disposto dell'art. 508.

(**) « È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti » (art. 9 detto).

mo, o per vie dissuete e discordanti da quegli ordini che noi riteniamo essenziali alla libertà individuale, cioè per rescritto stragiudiziale, *non citata et non audita parte*, l'atto di un preteso curatore non sarebbe accolto come valido. Quanto al *diritto privato puro*, la dottrina si pronuncia nel senso che non deve rivedersi la convenzione; il che poi non è nuovo, mentre le convenzioni si rispettano, essendo leggi fra i contraenti. Io però sono di parere che se la convenzione fosse visibilmente contraria ai principii fondamentali del nostro diritto civile, per esempio, se si trattasse di una donazione che nonostante la sopravvenienza dei figli si volesse ancora sussistente, l'impugnazione fattane dal padre nell'interesse del figlio avrebbe tutto il suo effetto. I casi però sono rari e da misurarsi con grande cautela.

2. *Esecuzione di giudizio di arbitri.*

Si rassegna questa breve ricerca all'esame del presente articolo, perchè in effetto un giudizio di arbitri eletti regolarmente dalle parti non è che la volontà delle stesse parti; è un contratto. Non si avrà dunque a vedere fuorchè se le forme del compromesso e del giudizio che ha avuto luogo, siano quelle che la legge del paese ove fu pronunciato, determinava (FÉLIX, lib. II, tit. 7, cap. 2; CARRÉ-CHAUVEAU, quest. 1900).

3. La questione di competenza da noi esaminata nel n° 2 del commento all'articolo 942 potrebbe ancora elevarsi. Qual *è il luogo in cui l'atto dovrebbe eseguirsi?* Si può ben fare una domanda generica a tutti gli effetti di ragione; si può non avere in vista un modo specifico di esecuzione. La soluzione si attinge dai principii che ho proposti nel luogo ora citato.

4. *Come per atto stipulato in paese estero possa iscriversi ipoteca nel nostro Stato.*

Percorrendo le legislazioni anteriori, si trova che l'*ipoteca giudiziale* era più facilmente ammessa della *convenzionale* in forza di atti che ebbero vita in estere regioni. In Francia l'ipoteca nascente dal giudicato straniero è ricevuta, se il giudicato è dichiarato eseguibile (articolo 2123 del Codice civile francese). Così pure disponeva l'articolo 2009 del Codice civile delle Due Sicilie. Il Codice civile albertino, apparso 18 anni più tardi, rimase addietro. « I giudicati pronunziati in paese straniero non conferiscono ipoteca sopra i beni « situati nei Regii Stati, salvo che i trattati « politici ne contengano la espressa disposi- « zione ». Le sentenze dei *regii consoli* stabiliti all'*estero* avevano questa virtù; si consideravano come magistrati del regno.

Per contro l'ipoteca convenzionale non ha effetto in Francia, quando non derivi da atto pubblico celebrato nello Stato, salvo i trattati politici (articolo 2128). Il Codice civile delle Due Sicilie non imitò questa volta il francese, e fece un passo nella via del progresso; concedendo *ai contratti fatti in paese straniero con atto autentico, secondo le leggi del luogo*, potenza produttiva d'ipoteca se il tribunale civile *ne ordinasse la iscrizione* (art. 2014). Il Codice civile albertino si rinchiuse nella consueta sua formula; negò la ipoteca convenuta per atto non eretto nel regno, meno i consolari, e meno la influenza dei trattati politici (articolo 2138). Taccio di altre legislazioni. TROPLONG, SAPEY, SOLOMAN, DURANTON ed altri illustri scrittori, criticando il sistema francese, dissero che si era confusa la *ipoteca colla esecuzione;* ed è vero. Questa critica è l'elogio del nuovo placito legislativo.

La nostra legge è più giusta della francese; più semplice e logica della siciliana. Noi non abbiamo in proposito che una sola disposizione, quella dell'articolo 1990 del Codice civile. « Gli « atti seguiti in paese straniero, che si presen- « tano per la iscrizione, *devono essere debita- « mente legalizzati* ». Ecco tutto. Deve risultarne l'autenticità per mezzo di quelle ricognizioni civili e diplomatiche che sogliono usarsi per accertare che l'atto fu stipulato da un pubblico uffiziale che in quello Stato ne aveva l'autorità. Così si ritiene e si pronuncia la differenza, male innanzi apprezzata, eppure tanto importante, *fra titolo esecutivo* ed atto contrattuale che non s'impone ad una volontà riluttante per costringerla a forza; nè è punto destinato a partorire la esecuzione, ma *si compie col darvi quella efficacia che è nella intenzione e nella volontà stessa dei contraenti.*

Ne segue che l'articolo 944 non è applicabile; e ne abbiamo parlato solo per toglier di mezzo una facile confusione, e additare il criterio della legge uscito più logico e vero dai torbidi concetti delle legislazioni precedenti.

Articolo 945.

Le sentenze e i provvedimenti delle autorità giudiziarie straniere riguardanti esami di testimoni, perizie, giuramenti, interrogatorii, o altri atti d'istruzione da

farsi nel regno, sono resi esecutivi con semplice decreto dalla corte d'appello del luogo in cui si deve procedere a questi atti.

Se l'esecuzione sia domandata direttamente dalle parti interessate, l'istanza si propone con ricorso alla corte, e vi si unisce copia autentica della sentenza o del provvedimento che ordinò gli atti richiesti.

Se l'esecuzione sia domandata dalla stessa autorità giudiziaria straniera, la richiesta deve trasmettersi nelle vie diplomatiche, senza necessità di unirvi la copia della sentenza o del provvedimento.

La corte delibera in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico. Se permetta l'esecuzione commette gli atti richiesti all'autorità giudiziaria o al funzionario di essa che abbia facoltà di riceverli o di farli eseguire.

Annotazioni.

Avendo sèguito nel regno i *provvedimenti* indicati nell'articolo 945, l'autorità giudiziaria competente è quella avanti la quale si deve compiere la istruzione richiesta.

La istruzione si compie nel luogo più comodo ed opportuno; quello cioè dove abita la persona che deve interrogarsi; dove sono nel maggior numero i testimonii; ove esistono le cose sulle quali cade la perizia. In simili casi non occorre citazione; la Corte *delibera in Camera di consiglio*. Se la domanda è fatta nelle vie diplomatiche, il che è frequente sui confini degli Stati, la Corte alla quale si rimettono gli atti per via diplomatica è subito indicata dal soggetto stesso di cui deve occuparsi.

Non s'intende perchè la legge dispensi il richiedente diplomatico dall'obbligo di presentare *la copia della sentenza o del procedimento*. Sarà ben necessario che la parte interessata s'incarichi di produrla; o il presidente della Corte ne faccia la domanda per via ministeriale, perchè non sarebbe mai cosa sicura procedere ad atti d'istruzione senza il documento autentico che la ordinava, e alla cui intenzione deve informarsi.

La Corte delega un funzionario dell'ordine giudiziario, necessariamente. Perchè non uno dei consiglieri della Corte? Senonchè, essendo vasto il comprensorio della Corte, potrà delegarsi secondo le circostanze, e per maggior comodità, un tribunale civile o un pretore nel cerchio della sua giurisdizione (*V.* le ANNOTAZIONI dell'art. 948).

Articolo 946.

Quando la richiesta sia fatta nelle vie diplomatiche, e la parte interessata non abbia costituito alcun procuratore che promuova l'esecuzione degli atti accennati nell'articolo precedente, i provvedimenti, le citazioni e notificazioni necessarie per compierli sono dati o ordinati d'uffizio dall'autorità giudiziaria procedente. Se gli atti richiesti esigono, per circostanze speciali, le diligenze della parte interessata, la detta autorità giudiziaria può nominare di uffizio un procuratore che la rappresenti.

Se sia necessaria o permessa la presenza delle parti interessate all'atto richiesto, il decreto che stabilisce il giorno in cui si procederà all'atto stesso è notificato con semplice biglietto per mezzo di usciere alle parti la cui residenza nel regno sia conosciuta. Copia del decreto è trasmessa nelle vie diplomatiche all'autorità straniera, affinchè ne siano avvertite le altre parti.

Annotazioni.

La domanda è stata fatta *nelle vie diplomatiche*; le parti non ne sono prevenute; si procede d'ufficio. Il giudice delegato dalla Corte manda opportuni avvisi alle parti interessate, fa citare i testimonii con ordine all'usciere: se la parte non comparisce, benchè invitata,

giudice può nominarle un procuratore. Ma, come si vede, se il giudizio non è assunto dalla parte, ma si fa d'ufficio, non corre l'ordinaria regola di procedura; è un misto di amministrativo e di giudiziario, demandato al discreto e prudente governo del giudice.

Articolo 947.

Quando si tratti di citazioni a comparire davanti autorità straniere, o di semplici notificazioni di atti provenienti da paese estero, la permissione è data dal ministero pubblico presso la corte o il tribunale, nella cui giurisdizione la citazione o notificazione si deve eseguire.

Se siano state richieste nelle vie diplomatiche, le citazioni o notificazioni sono commesse dal ministero pubblico direttamente ad un usciere.

Annotazioni.

Per virtù di trattati, per consuetudine, per quella mutua corrispondenza delle nazioni che promuove la giustizia universale, e non per ordinamento di leggi interne, lo Stato può essere richiesto degli uffici giudiziarii avvisati in questo articolo.

Articolo 948.

L'adempimento nel regno degli atti indicati nei tre precedenti articoli non toglie la necessità del giudizio di delibazione, quando si tratti dell'esecuzione della sentenza definitiva.

Annotazioni.

1. Importava il dire, che l'esecuzione impartita a decreti o sentenze preparatorie o interlocutorie, non è un precedente che possa allegarsi da coloro che volessero sostenere, che la sentenza definitiva pronunciata nel medesimo giudizio dall'autorità straniera sia implicitamente e preventivamente approvata.

Forse che la Corte d'appello attribuisce forza esecutiva alle sentenze preparatorie o interlocutorie, *senza deliberazione o senza esame?*

No certamente: la Corte decide anche questa volta con cognizione di causa; ma sarà tratto a fare dei principii un'applicazione meno rigorosa in relazione alla minore importanza dell'oggetto, e per la ragione appunto dell'articolo 948, che richiede il congruo esame della sentenza definitiva. Della questione ad ogni modo che sia per sorgere nel regolare giudizio provocato dalla parte interessata, deve il magistrato occuparsi nei termini dell'art. 941.

2. A vedere se quando l'affare è inviato alla Corte per rogatoria diplomatica, e trattato pressochè amministrativamente per servire ad una richiesta officiosa, senza contraddittorio di parti, l'autorità giudiziaria debbe farsi carico di quelle indagini di diritto.

« Non può dubitarsi, disse PISANELLI nel « *Commentario al Codice sardo* (vol. V, part. I, « pag. 129) che lo Stato può ovviare alla ne« cessità dei giudizi di delibazione con trat« tati politici, almeno sotto alcuni rispetti, chè « non potrebbe mai transigere sulla necessità « dell'apposizione della formola esecutiva, e « su certi principii di diritto e di moralità pub« blica ». Qualche cosa diremo dell'effetto dei trattati politici, esponendo l'ultimo articolo: intanto siano presenti le parole dell'illustre scrittore sapientemente misurate.

L'invio diplomatico può essere conseguente dalla convenzione internazionale; o può esser fatto per invito fiducioso di Stato amico pronto a corrisponderci di pari ufficio. L'effetto può non risultare identico.

Nel primo caso, il trattato potrà aver prevenuto sulle indagini di forma; l'oggetto però, l'intrinseco, il diritto essenziale, come ci ammonisce il passo citato, non si ripudia onorevolmente dallo Stato, non si dà in balìa di un altro. Nel secondo caso, l'azione del giudice non è misurata che dalla legge di cui è ministro; o niuna delle indagini dell'articolo 941 gli è estranea.

Articolo 949.

La forza esecutiva data a norma degli art. 941, 942, 943, 944, 945, 946 e 947

da un tribunale civile, da una corte di appello o dal ministero pubblico, vale per promuovere l'esecuzione anche in altre giurisdizioni.

Annotazioni.

Lo scopo di questa legge s'intende facilmente. Ridotto il testo a termini più chiari, e credo più esatti, significa che, come il giudicato o l'atto è dichiarato esecutivo dall'autorità competente, esercita la sua efficacia per tutto il regno e avanti qualunque giurisdizione. Invero *non si promuove sempre una esecuzione.* Ma, a cagion d'esempio, la sentenza costituisce cosa giudicata, e ne fonda la eccezione: la citazione autorizzata dal pubblico Ministero può notificarsi fuori della provincia per mezzo di altri uscieri.

—

Della esecuzione degli atti di volontaria giurisdizione celebrati in paese straniero.

Quasi in via d'appendice farò qualche parola su questo argomento.

1. Risalendo all'idea della giurisdizione volontaria, in quanto si distingue dalla contenziosa, fra i caratteri più salienti della nozione vi ha quello espresso da Gluch (*Comment.*): che la persona investita del potere legale (*) *non fa che assicurare la volontà delle parti e rendervi solenne testimonianza.* È la sanzione di quella volontà imperfetta, e quindi un'approvazione coscienziosa ed autorevole e non la semplice affermazione di un fatto, ciò è verissimo: ma infine se quella volontà non potrebbe avere senza il suggello dell'autorità un valore giuridico, è altresì vero *che il magistrato non esprime la volontà propria, ma quella delle parti.*

Questa essenzialità della nozione basta ad escludere dalla categoria degli atti di volontaria giurisdizione quelli che, quantunque prestati senza contraddizione, non *adhærent voluntati* (vera o per finzione legale supposta, come ora diremo), e non favoriscono perciò lo sviluppo della libertà personale, ma s'impongono più o meno espressamente all'altrui, ed hanno sembianza di detrarre all'esercizio della libertà naturale. Narra il Fælix (n° 455) che in Germania la interdizione dei dementi, dei prodighi, ecc., è fra le attribuzioni della giurisdizione volontaria. Ma le legislazioni francese ed italiana ravvisano l'elemento contenzioso sotto l'apparenza di un atto di protezione e difesa, poichè non sarebbe puramente tale se non partendo dal supposto dell'incapacità, che è quello che deve provarsi, e la persona stessa può respingere di tutta la sua forza questo degradante supposito.

Dalla osservazione speciale ed esemplare scaturisce il principio generale, proprio della materia; che allorquando viene proposto alla nostra autorità l'atto di straniero magistrato sotto forma di atto di volontaria giurisdizione, ad effetto di munirlo di forza esecutiva, nel concorde parere degli scrittori, le seguenti condizioni denno verificarsi: « 1° qu'il ait été « fait ou reçu par un magistrat, officier public « ou autre personne investie par la loi du « lieu de la confection du même acte du pou- « voir d'y procéder; 2° que l'acte soit revêtu « des formalités prescrites par la même loi; « 3° que son contenu soit conforme (**) *au « statut qui régit, soit la personne à laquelle « l'acte se rapporte, soit la substance ou la ma- « tière de l'acte* ».

Essendo le due prime facoltà per sè chiare, fermiamoci sulla terza. È necessario che il magistrato italiano possa avere lo stesso concetto giuridico dei rapporti che esistono fra la qualità dell'atto e il subbietto a cui venne applicato. L'adozione, la emancipazione, la nomina di un tutore, la facoltà di vender beni di minori e via discorrendo, per noi, e generalmente per altre legislazioni, sono materia demandata alla volontaria giurisdizione. Ed è nella natura delle cose. In tutti questi fatti il magistrato non fa che corrispondere ad una volontà che si riconosce legittima, e renderla efficace colla interposizione del suo ministero autorevole. Ho detto che base di questa funzione *è l'elemento della volontarietà;* poichè anche il minore, anche l'infante, che per fato di natura non hanno ancor coscienza dell'essere loro e quindi volontà, si finge ch'essi medesimi chieggano assistenza e rappresentanza coll'organo dei parenti o del Ministero pubblico, essendo per essi un bene certo e una necessità inevitabile. In tale convergenza di vedute è ben semplice che il magistrato italiano darà forza esecutiva al decreto del magistrato straniero.

(*) Sia o no un magistrato abitualmente investito di giurisdizione contenziosa, o soltanto preposto alla giurisdizione volontaria.
(**) Non contrario, diremo noi.

La esecuzione di questo decreto si svolge nella sfera dell'attività di diritto in quanto giova al richiedente senza nuocere ad altri; dal che rimane escluso il carattere del contenzioso. Tale esecuzione ha una estensione indefinita, una efficienza duratura e fors'anche immutabile nell'essere della persona, e si spande in tutti i punti del territorio dello Stato. Il figlio emancipato ha libertà di amministrare le cose sue dovunque si trovino; il figlio adottivo godrà di tutti i diritti, verificabili anche in futuro, derivanti da questa sua qualità.

Se non che, guardando bene addentro, si appalesa che in tutto questo si ravvolge intimamente una questione di *capacità personale*. Il decreto di volontaria giurisdizione è il mantello della incapacità: con altra frase *è la reintegrazione della incapacità*. Il decreto di volontaria giurisdizione produce anche un altro effetto: *crea una capacità che non esisteva, costituendo una personalità nuova*. L'esempio farà chiara la sottile differenza. Il minore è incapace; egli diventa capace nel tutore. Lo adottato acquista coll'adozione una capacità che non aveva, quella di figlio con tutte le conseguenze di diritto. Ma ben si vede che l'adottato, a dir proprio, non reintegra col fatto dell'adozione l'incapacità della sua persona (*), ma acquista una nuova persona. In tutti i casi l'atto di volontaria giurisdizione è un sussidio della incapacità, o la fonte di una capacità nuova (**).

Pertanto il magistrato preposto a dare effetto giuridico nello Stato ad un tale atto celebrato all'estero, esamina sempre la questione della capacità o, come dicono, lo *statuto personale*. Se trattasi di diritti del cittadino italiano, può avvenire o che secondo le leggi del regno egli fosse capace; ed allora il decreto straniero di volontaria giurisdizione è cosa senza valore. O può avvenire che non abbia potuto acquistare la capacità che gli si volle con quel decreto impartire, ostando la legge civile o quella del nostro diritto pubblico interno. L'adozione del minore di 18 anni non sarebbe ammessa (articolo 206 del Codice civile); l'atto di divorzio non sarebbe ammesso, comunque nel pieno consentimento dei coniugi. O la questione cade sul capo di suddito d'altro Stato, si rientra perfettamente nella regola dell'articolo 941, n° 4. La sua capacità personale sarebbe misurata dalle leggi dello Stato a cui appartiene; ma esso trova una barriera nel diritto pubblico che ci governa, di fronte al quale l'autorizzazione che ha ottenuta potrebbe rimanere inutile.

La materia è vasta, e io debbo restringermi. L'ostacolo della eseguibilità potrà sorgere talora dalle stesse nostre leggi civili. La tutela stabilita all'estero dovrà cedere, in date circostanze, a quella che fu già stabilita nel regno, o nel regno deve costituirsi. Se nel regno il minore avesse la massima parte del suo patrimonio, se, per supposto, vi avesse pure il suo domicilio, la tutela data all'estero non sarebbe ritenuta operativa nè quanto alla persona, nè quanto ai beni posti nel regno italiano.

2. *Della competenza.*

Non metteremo dubbio sulla applicabilità dell'articolo 944; il magistrato esecutore sarà il *tribunale civile*. Ma quale dovrà essere adito fra i tanti tribunali che sono nel regno?

In materia di giurisdizione volontaria non sono prefisse, io credo, norme rigorose; non possiamo giovarci che di norme di analogia. Ecco i criterii principali. La sede più importante degli affari sui quali l'atto è destinato ad esercitare la sua influenza, se non si potesse discernere in qual luogo esista, basterà additare uno dei punti principali; e si farà quindi l'opportuno ricorso al tribunale civile del luogo. Con ciò si segue più d'appresso la regola generale dell'articolo 941. In sussidio potrà implorarsi il tribunale del luogo ove si abbia residenza o dimora.

Articolo 950.

Le disposizioni di questo titolo sono subordinate a quelle delle convenzioni internazionali e delle leggi speciali.

Annotazioni.

1. *Convenzioni internazionali: trattati politici.*

Il diverso assetto della legislazione in ordine alla eseguibilità dei giudicati esteri dipende dai principii di diritto pubblico onde si governa lo Stato.

(*) L'adottato può anche essere maggiore; anzi generalmente lo è (articoli 202, 206 del Codice civile).

(**) Qualche volta però il decreto di volontaria legislazione non è che una formalità necessaria alla convalidazione di un atto; come quello che ordina l'apertura di un testamento olografo.

In tempi non lontani, i popoli civili hanno cominciato a farsi delle concessioni che rappresentavano altrettante transazioni sul principio della sovranità nazionale a benefizio della giustizia universale. Era l'opera della civiltà; ma imperfetta mentre aveva un limite nella *reciprocità*. Lo straniero sarà trattato nella stessa guisa con cui il nazionale è trattato nel paese straniero. Il più e il meno era pesato sulla bilancia; specie di taglione: una legislazione benevola domani è ritirata perchè lo straniero ha mutato costume, si è fatto più avaro verso i nostri: è una rappresaglia della cui legittimità e legalità non si dubitava neppure in epoche recenti (MITTERMAIER, *Arch.*, t. XIV, pag. 84 e seg.; WEISKE, v° *Exécution*, pag. 105; TOULLIER, tom. X, pag. 132 e seg.; FÆLIX, n° 331; CARRÉ, nell'opera *De l'organisation et de la compétence*, pag. 250 e seg.).

Dal vacillante e incerto fondamento della *reciprocità* siamo passati a quello che io chiamo volontieri *secondo momento* della civiltà legislativa che ora domina pressochè in ogni Stato. L'individualismo o soggettivismo della reciprocità ha ceduto a una più nobile obbiettiva. Si è guardato ciò che la giustizia desidera. Per quanto dicano o dicessero i Francesi che l'autorità della cosa giudicata non è del diritto delle genti, ma puramente civile, noi tutti che ci vantiamo di civiltà rispettiamo i giudicati esteri, sin dove ce lo permette il dovere di far omaggio a principii che costituiscono l'essenza del nostro diritto.

Vengono le *convenzioni internazionali* relative alla giustizia; che è uno stato di cose assicurato dai mutamenti delle leggi civili, e maturato in vantaggio quasi sempre della celerità e del facile scambio dei mutui ufficii della giustizia.

L'articolo 950 *subordinando le disposizioni* in questo titolo consacrate alle *convenzioni* ed ai trattati, mostra che per essi può modificarsi la nostra legislazione positiva.

È stato opportunamente notato (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 130) che anche fra quegli Stati che strinsero convenzioni su questa materia praticamente si applicano quelle ispezioni e quegli esami che vediamo descritti nel nostro articolo 941 con una formula che omai può dirsi comune (*). E infatti codesti trattati sogliono fermarsi all'alterna promessa di dare esecuzione ai giudicati ed a clausule generali nell'interesse della giustizia. Per lo più si deroga a certe forme per rendere più facili le comunicazioni diplomatiche e più pronti i risultati; del che vediamo traccie distinte nella procedura agli articoli 945 e 946. Quanto riguarda il diritto pubblico e la costituzione dei singoli Stati è troppo importante per ognuno di essi perchè possa farsene soggetto di transazione (**).

2. *Della esecuzione dei giudicati nei paesi politicamente annessi o separati dopo la pronuncia.*

a) Se la sentenza fu pronunciata *in territorio politicamente diviso*, quantunque facente parte del suolo nazionale, *indi riunito al regno*, s'insegna per molti pubblicisti che la riunione posteriore, in qualunque modo avvenga, non aggiunge autorità ad una sentenza proferita in un paese che per noi era in realtà Stato estero. La ragione di questa dottrina è tratta interamente dagli ordini del diritto privato. Si allega che il soccombente aveva acquistato un diritto (negativo) che nel paese da sè abitato non avrebbe potuto mandarsi ad esecuzione la sentenza senza una nuova revisione. Il fatto di questa riunione è, si dice, estraneo a lui; il suo diritto non può rimanerne alterato (TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques*, n° 456; MERLIN, v° *Jugement*, § 9, *Questions du droit*, v° *Réunion*; GRENIER, t. I, n° 218).

TROPLONG fa precisamente il caso del francese che colpito da una sentenza, per esempio nel Belgio, quantunque in appresso il Belgio sia stato unito alla Francia, mantiene il diritto che aveva di far rivedere il giudicato prima della sua esecuzione.

La giurisprudenza italiana ha inclinato nel senso contrario, ritenendo che le sentenze pronunciate prima dell'annessione sono *de jure* eseguibili nelle antiche provincie (Corte di Torino, 26 febbraio 1862; BETTINI, t. II, pag. 187).

Noi sentiamo la forza dell'argomento che sostiene la dottrina di TROPLONG, che è anche

(*) Così, per esempio, in Piemonte, nonostante il trattato col governo di Napoli del 8 maggio 1818, quello colla Toscana del 5 gennaio del detto anno, quello con Parma del 5 luglio 1857, con Francia del 24 marzo 1860, le sentenze emanate in quegli Stati si eseguivano, premesso il giudizio di delibazione, col tacito consenso di quegli Stati. Così solevasi in Francia quanto alle sentenze dei magistrati piemontesi (DALLOZ, *Droit* etc., n° 438 e seg.).

(**) Ecco una formula tolta dal trattato del 24 marzo 1860 fra la Sardegna e la Francia, e dalle dichiarazioni dell'11 settembre detto anno « pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et jugements, les Cours « suprêmes déféreront de part et d'autre *à la forme* « *du droit* aux réquisitoires qui leur seront adressés « à ces fins mêmes sous le nom de dites Cours ».

Nel recente trattato (11 dicembre 1866) fra l'Austria e la Francia *sulle successioni e sul trattamento dei sudditi rispettivi* si incontrano disposizioni che riguardano il modo di corrispondenza fra le autorità politiche e giudiziarie dei due Stati.

quella di TOULLIER, di DALLOZ, di CARRÉ, ecc. Nello Stato belgico, forse ostile alla Francia prima della unione (faccin una ipotesi), poteva essersi pronunciatn nna sentenza contro un francese, non solo irregolare, ma contro lo spirito dello stesso diritto pubblico francese. Quindi la revisione non solamente proteggeva il diritto individuale, ma era altresì garanzia del diritto pubblico. Noi Italiani, quanto alle provincie italiane fuse insieme per la potenza essenziale del principio di nazionalità, siamo tratti a teorizzare l'unione ideale precedente, l'unione di diritto, a non volerci considerare neppure in quel tempo gli uni gli altri come stranieri. Ciò fa onore al nostro patriottismo; ma la ragione legale non sembrn contentarsene. Se Roma dovesse nna volta riunirsi all'Italia, noi porgeremmo la mano a quei fratelli d'antica fede e d'nntico amore, ma le sentenze pronunciate a Roma non sarebbero da noi abbracciate con ngual tenerezzn. Si vorrebbero rivedere prima di darvi esecuzione nei paesi che si governavnno con nn diritto per avventura assai discorde; e ciò meno nell'interesse dell'individno che in quello dell'ordine e del diritto pubblico dello Stato. Senz'altro aggiungere, tenlamo a memoria l'esempio.

b) Se i paesi politicamente uniti furono di poi separati, è opinione generale, pacifica come un assioma (DALLOZ, *R. Droits civils*, n° 446; TOULLIER, tom. x, n° 95; TROPLONG, n° 458; MERLIN, ecc.), che le sentenze non perdono dalla separazione l'autorità della cosa giudicata che senza dubbio avevano.

Noi osiamo fare delle limitazioni a questa teoria nniversale. La Grecia non era che nna provincia della Turchia; la Grecia conquistò la propria indipendenza. Prima di quell'epoca gloriosa le sentenze proferite a Smirne erano eseguibili ad Atene; lo furono anche dopo (ragionando coi nostri principii, e supposto che ivi abbiano vigore). È verissimo che nel punto di vista del diritto privato il vincitore poteva vantare la cosa giudicata e il *gius quæsitum*; ma parmi appunto che la dottrina abbia scelto un campo troppo ristretto. Egli è mestieri elevarsi alla obbiettiva del diritto pubblico. Se altri principii, altro diritto, reggono il novello Stato che, emancipandosi dall'antica servitù, risorse a nuova vita, la sentenza che facesse oltraggio a quei principii, sebbene pronunciata prima della separazione, non potrebbe tollerarsi. Se la sentenza pronunciata a Smirne consacrava rapporti giuridici nascenti dal consorzio della poligamia, avrebbe ricevuta quella sentenza esecuzione in Atene cristiana? Avviso dunque a quelli che fossero tentati di accettare la teoria degli scrittori nella sua illimitata estensione.

c) Le sentenze proferite in luogo temporariamente invaso dal nemico, indi restituite, si considerano come emanate in paese straniero?

Quantunque temporanea e ingiusta la occupazione, se supponiamo che il governo civile fosse cangiato e la giustizia non fosse più amministrata in nome del Re d'Italia e dai magistrati da lui costituiti, questo basta perchè la sentenza non possa ricevere *de plano* la sua esecuzione, ma debba essere riveduta come straniera.

Quanto agli atti contrattuali, aventi forza esecutiva, parificandosi alle sentenze, non potrebbe dirsi diversamente.

Quanto però ai contratti semplicemente tali, eziandio producenti ipoteca, sarebbero eseguiti, generalmente parlando, *previa legalizzazione* (art. 1990 del Codice civile) e senza dichiarazione giudiziale. Queste distinzioni sembrano adottate in un egregio consulto del CARRÉ, *Lois de la procédure civile*, tom. IV, pag. 508, nota.

FINE DEL LIBRO TERZO ED ULTIMO

Digitized by Google

Digitized by Google

APPENDICE

o

ANNOTAZIONI AGGIUNTE

AVVERTENZA

Io non faccio che adempiere ad una promessa che fa parte del programma di questo lavoro. La legislazione ha percorso uno stadio di vita; ha fatto le sue prove. Ha soddisfatto alla legittima aspettazione del paese? A me non appartiene il rispondere. Io seguito ancora per poco il modesto ufficio che mi sono imposto. Spero che, suggerite dalla esperienza, queste aggiunte non si troveranno inutili. Mi son ristretto a quelle parti che richiamarono di più l'attenzione degli uomini della scienza; e vi ho portato il piccolo tributo della mia opinione. Dove la giurisprudenza non ha fatto che confermare o ampliare sotto qualche aspetto inosservato massime e regole abbastanza ferme, mi sono limitato ad alcuni richiami e indicazioni. Poche questioni, e delle più interessanti, hanno voluto da me una certa pienezza di svolgimento; ed anche in questo ho seguito, per così dire, la legge della necessità, onde non cadere in difetto per timore del soverchio.

Digitized by Google

Digitized by Google

GIUNTA I.

Della competenza generale; del Potere giudiziario e amministrativo; considerazioni sulla Legge del 20 maggio 1865.

Il concetto di competenza involve quello di limite. Si è detto con proprietà: *la competenza è la misura della giurisdizione.* Quando si tratta di misurare la competenza della *podestà giudiziaria* in confronto di altre attività governanti, noi facciamo uno studio di *competenza generale;* quando vogliamo conoscere la distribuzione del potere fra le singole rappresentazioni della podestà giudiziaria in un dato ramo di legislazione (1); o nelle attinenze fra i diversi rami di legislazione (2), noi studiamo la *competenza speciale.*

Il subbietto della competenza generale non è veramente interessante che in un rapporto; in quanto concerne l'azione del Potere giudiziario, e quella del Potere amministrativo. Il Potere legislativo è in effetto meno suscettibile di perturbazioni; la separazione fra il Potere legislativo e quello del giudice è troppo evidente; inoltre, ciò che minaccia di traboccare e d'invadere, è la forza che si muove ed opera. La *stasi* del dettame legislativo; la sua immobilità fra l'agitarsi delle contenzioni, non permette l'urto di contrastato imperio sul terreno dell'azione. Ciò che può temersi è l'usurpazione; ma il rimedio di questo male è fuori pur sempre dell'atto legislativo; esso è affidato allo stesso potere giudiziario, interprete e vindice d'ogni diritto.

Ma i due grandi agenti della vita civile, perpetuamente in moto, e non rare volte operanti in contatto, sono l'amministrativo e il giudiziario. Compagne e dantisi, per così dire, la mano nell'ufficio che prestano a vantaggio della società, queste grandi istituzioni non adempiono al loro fine se non a patto di non confondersi fra loro; l'anarchia sarebbe sostituita al governo.

La comparsa della Legge abolitiva del contenzioso amministrativo poco tempo innanzi la pubblicazione del nuovo Codice di procedura civile, mi offriva un'occasione che non avrei dovuto trascurare, per rivolger l'attenzione ad uno stato di cose che niun altro scrittore di procedura aveva potuto esaminare. Io vi pensai, ma volli porvi in mezzo il tempo che mi occorreva a dettare le mie note al Codice; ritenni che l'esercizio pratico avrebbe messo in luce nuovi aspetti, e desiderai sentire la parola della giurisprudenza che è la miglior critica della legge. Mi suonavano ancora in mente le obbiezioni del CORDOVA, di cui venero l'autorità e temevo i presagi. Fortunatamente l'esito mancò alla previsione. Sono già due anni trascorsi, e questione d'importanza non ho veduto sorgere intorno a quella Legge e alle sue applicazioni. Questo forma l'elogio del sistema in generale e della legge in particolare.

Non voglio tuttavia che alle mie tenui chiose manchi questo complemento. Io mi restringerò anche questa volta a ciò che vi ha di più essenziale nel tema secondo il punto di vista pratico, non senza risalire alquanto alla origine e alle cause di questo rivolgimento legislativo, che è uno dei passi più risoluti nella carriera della libertà giuridica.

I.

La istituzione del contenzioso amministrativo nella sua origine è un beneficio.

Come molte altre essa era destinata ad operare fruttuosamente sino a un certo tempo; poi mano mano che si avanzavano le idee della civiltà politica e giudiziaria, la istituzione andava perdendo, a dir così, di credito; si venivano diradando i suoi ammiratori; venne criticata, cen-

(1) Civile: di che si occupa assiduamente il Codice di procedura civile.
(2) Civile · penale.

surata, finalmente abbattuta, non da volontà più o meno potenti, ma, come sempre, dalla forza stessa delle cose. La istituzione aveva fatto, come dicono, il suo tempo; aveva reso quei benefizi che poteva; si era invecchiata, e doveva morire perchè non era di quelle alle quali la grandezza del principio in cui sono fondate assicura l'immortalità.

La separazione organica dell'esercizio giudiziario dal governo effettivo dello Stato è ben antica. Vero è che la separazione organica o sistematica dell'esercizio giudiziario non significava indipendenza: elemento dell'attività dello Stato, non attività distinta e per sè sussistente, poteva essere assorbita, o quasi per assimilazione, sparire nello Stato medesimo (1). Tuttavia sin dove non era nell'interesse dei governi disfare l'autorità da essi creata (2), il diritto privato puro, che non faceva ombra e non era un pericolo, potè svolgersi ampiamente e circondarsi di una splendida giurisprudenza sotto l'impero dei governi più assoluti.

Ma dove per inevitabile contatto le materie del diritto privato si coloravano dell'interesse dello Stato, ivi cominciava il pericolo; la giustizia penale specialmente sentiva questa influenza di un Potere che le stava sul capo, in un modo più o meno oppressivo, secondo gli uomini e i tempi.

Lo Stato non era che una volontà, e questa volontà non aveva limiti, nemmeno apparenti, nell'esercizio politico ed amministrativo. Quando l'opinione pubblica cominciò a farsi sentire ed esercitare non senza efficacia la sua reazione salutare sulla onnipotenza dei governi, si pensò ad organare qualche cosa che avesse carattere di ordinata giustizia nel seno medesimo della pubblica amministrazione, e nacquero degli istituti mediante i quali furono sottoposte a certe discipline alcune determinazioni amministrative che colpivano più direttamente l'interesse privato. Se ne trovano esempi, ma imperfetti e scarsi prima del 1790 (3); nè poteva essere altrimenti, poichè le mitezze dei governi non erano allora che concessioni, e non vi era chi osasse parlar di principii.

Nel 1790 furono tracciate, siccome è noto, le grandi linee della divisione dei Poteri dello Stato; ma al nostro soggetto importa il considerare che la separazione legale del Potere esecutivo dal giudiziario non risolveva punto il problema della funzione giudiziaria applicata alle materie miste nelle quali si trovava in qualche parte implicato l'elemento dell'azione pubblica (4).

Non risolveva il problema, ed anzi pareva in certa guisa accennare a conclusioni poco favorevoli alla espansione dell'autorità giudiziaria. Ciò che si affermava, ciò che si voleva stabilire, era l'azione libera ed indipendente dei due Poteri; quindi ogni ingerenza dell'autorità giudiziaria doveva allontanarsi dall'opera amministrativa. A raggiungere il qual fine sembrava opportuno che tutte quelle materie nelle quali avesse interesse l'amministrazione pubblica, fossero sottratte al dominio della giurisdizione ordinaria, quantunque non pure di elementi giuridici e di diritto individuale. Se nasceva questione fra l'Amministrazione che aveva dato in appalto la costruzione di un arsenale o di un porto marittimo e l'appaltatore intorno alla esecuzione del contratto, perchè intromettervi l'autorità giudiziaria; perchè posporre l'interesse generale a quello del privato; perchè creare degli imbarazzi al corso dei pubblici affari? Con ciò si offendeva quella stessa indipendenza che si voleva guarentire.

Quello che poteva farsi, e si fece, per dare una guarentigia al diritto privato, fu in primo luogo di costituire una magistratura, ossia un corpo distinto dagli agenti amministrativi, ordinato a funzioni giudiziarie, sebbene composto d'istrumenti non estranei all'organamento stesso amministrativo; in secondo luogo, di sottoporre questo tribunale, che ci permettiamo di chia-

(1) La giurisdizione per canone inconcusso, si considerava come delegata dal Principe; non rare volte il Principe stesso rendeva giustizia, ed era giudice in supreme appello (Mevea, *Istit. giudiz.*, tom. iv, l. 6, cap. 16; *Commentario al Codice sardo*, vol. v, p. 8, 9).

(2) Singolare ma vera osservazione è quella del Mevea, che i sovrani, non sentendosi abbastanza forti, e temendo di cedere a sollecitazioni di cortigiani e di adulatori, frenavano se stessi, dichiarando che i loro rescritti non avrebbero valore contro la giustizia dei diritti acquisiti (Leg. 7, 8 Cod. de precibus; Leg. 2, 4, 5 Cod. si contra jus). I monarchi francesi proibivano ai loro cancellieri di sigillare o dar esecuzione alle lettere estorte alla loro religione (Ordinanza di Carlo V del 6 dicembre 1373, art. 6).

(3) Coi quali non si devono confondere quelle istituzioni che non raffiguravano propriamente che un modo di operare della stessa pubblica amministrazione, come il tribunale del camerlengato a Roma, ed altre congregazioni destinate a rami speciali dell'amministrazione; altrove le *Camere dei conti*, ecc., instituite al migliore andamento dell'amministrazione.

(4) E questo io dico anche nel presupposto che la teoria avesse potuto produrre i più soddisfacenti risultati; nel presupposto che dopo la repubblica non fosse venuto l'impero a rompere l'equilibrio in profitto del governo; nel presupposto finalmente che altri governi non si fossero messi ben volentieri nella medesima via.

Digitized by Google

mare per un momento eccezionale, alla osservanza di certe forme che permettessero adito alle difese e porgessero qualche assicurazione di un andamento regolare e riposato, secondo le consuetudini di giustizia, e fuori dell'arbitrio discrezionale inerente all'esercizio governativo.

In generale ammesso il diritto della difesa e il doppio grado di giurisdizione. La istituzione non trovò che propugnatori e ammiratori nella copiosa schiera dei pubblicisti più o meno devoti ai principii liberali, che si adoperarono a stabilirla ed a perfezionarla, non affacciandosi a quegli alti intelletti neppure il dubbio che già portasse in seno il germe della sua dissoluzione (1).

La Costituzione era destinata a realizzare delle idee rimaste pressochè allo stato di astrazione nel fondo delle dottrine. Il contenzioso amministrativo soggiacque a sua volta alla critica. In un ragguardevole articolo su questa materia del dottor TIEPOLO (2) venne opportunamente citato un brano dell'opera di HELLO, nel quale si osserva che, passando dal primo al maggior grado, il processo veniva a spogliarsi del suo carattere giudiziario, e non presentava più alcuna garanzia.

Il Consiglio di Stato, dice HELLO, non ha una vera giurisdizione, perchè finiscono col giudicare i Ministri. La Legge sul Consiglio di Stato, del 19 luglio 1845, giustificava la proposizione dell'illustre scrittore; ed era veramente nello spirito della CARTA, che non vi sarebbe completa indipendenza del Potere amministrativo ove i giudici venissero seriamente ad interporsi ne' suoi negozi. Così quello che si chiamava giudizio del contenzioso amministrativo, era poco più che un nome.

Portanto cosa domandava HELLO sotto la protezione della Carta, quali erano le sue aspirazioni? Forse che non ci fossero più dei tribunali speciali, forse che si abolisse il contenzioso amministrativo, e la giustizia si concentrasse interamente nei tribunali ordinarii? No davvero, Egli invocava una buona amministrazione, una giustizia bene organizzata in materia amministrativa. « L'amministrazione, egli diceva, abbia giudici iniziati al suo spirito ed a' suoi bisogni, « giudici *l'istruzione ed anche l'educazione dei quali siano amministrative: ciò è giustissimo;* « ma come concludere che non vi abbia bisogno di giudici? » (*Regime costituzionale*, vol. II, pag. 135). Vogliamo dei giudici, proseguiva, dei giudici imparziali e non avversarii: ecco il lamento di HELLO (3).

Infine ciò che si voleva era una bene avvisata *riforma* della magistratura del contenzioso amministrativo. Più indipendenza nei giudici; più apertura alle difese; meno ingerenza del governo. Le leggi promulgate in Piemonte nel 1859 non avrebbero soddisfatto a questo voto? La decisione appartiene alla storia; ciò che io trovo e accenno senza discutere, egli è che ad alcuni parvero un progresso; e prima di tutto fu questa l'opinione dei legislatori. Altri, quantunque avversarii, si accordarono nel ravvisare in quella massa di leggi, non congiunte da un solo spirito e poco in armonia fra loro, si accordarono, dissi, nel ravvisarvi un regresso per ragioni differenti, in quanto ciascuno si era formato un tipo dal quale discordassero. Al nuovo slancio preso dalle idee liberali dopo la costituzione del Regno italiano, e ritenuta la necessità di riordinare questa parte importantissima della legislazione, si videro uomini eminenti che avevano per unica divisa il progresso della istituzione nel senso più pronunciato della libertà giuridica, disconvenire nel modo di comprendere questa libertà, il che importava una discussione di principii da cui dipendeva l'essenza stessa della istituzione che doveva prevalere; e basterà ricordare due delle nostre celebrità parlamentari (4), che in ammirabili aringhe propugnarono opposte sentenze.

La vittoria rimase ai difensori della ragione giudiziaria; e in particolare alla Commissione che aveva modificato il progetto ministeriale; e nacque la indicata Legge del 20 marzo 1865.

A noi basti accennare il punto che divideva le opinioni; ciò vale ad illustrazione della legge.

---

(1) Nomino a titolo d'onore ROMAGNOSI, *Principii fondamentali del diritto amministrativo*; HENRION DE PENSEY, *De l'autorité judiciaire*; MANNA, *Diritto amministrativo*; MACAREL, *Cours du droit administratif*; LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif*; FOUCART, *Element du droit public*; DUFOUR, *Traité général du droit administratif*.

(2) Portato dal *Monitore dei Tribunali* ai numeri 7, 10, 12, 13, 16, 17, 22.

(3) Più decisive e notevoli le seguenti parole: Si distrugge, egli dice, la stessa division dei poteri. « Infatti vi ha confusion di poteri tanto allorchè l'amministrazione giudica, quanto allorchè il giudice amministra o conosce degli atti d'amministrazione. Intanto cosa si fa? Si toglie al giudice la facoltà di statuire intorno a un diritto privato nato da un atto amministrativo; lo si dà all'amministratore; e non si vede che se evitasi l'incapacità del giudice a motivo dell'atto, si cade nelle incapacità dell'amministratore a motivo della funzione; credesi aver rimediato al male e non si è fatto che spostarlo ».

(4) CORDOVA e MANCINI. Sedute 9 giugno 1864.

Era una questione in cui la costituzione della magistratura e la forma dei giudizi apparivano del tutto secondaria. Chi sosteneva la giurisdizione del contenzioso amministrativo reclamava egli stesso guarentigie maggiori, e specialmente quella pubblicità dei fatti amministrativi che non era nel disegno dei contrarii. Ma ho detto che si trattava di una controversia di principii. Quelli insegnati dal gran maestro che fu il Romagnosi erano principalmente messi in onore dai difensori dell'antico sistema; e si concentravano nelle tesi o postulati seguenti.

« Ovunque è la persona pubblica che fa atti di autorità pubblica sopra cose non possedute da alcuno a titolo di proprietà privata, ivi è giurisdizione amministrativa ».

« Concorrendo ragione di pubblico diritto e quella di diritto individuale e privato, prevale il diritto pubblico e l'interesse collettivo e generale ».

« Sorgendo di mezzo ai fatti di pubblica amministrazione questioni di libertà personale, questioni di stato, di cittadinanza o simili, interessanti, al dire di Romagnosi, l'*ordine morale e sociale*, i tribunali ordinarii sono i soli competenti a conoscerne; il magistrato del contenzioso amministrativo deve aspettare e rispettarne la decisione ».

Da una parte e dall'altra si ricorreva alla scienza: lo stato empirico doveva cessare. Poniamoci un momento ancor noi su questo terreno.

Gli *interessi*, i *diritti*: l'amministrazione pubblica ha per fine il *bene*, il ministero giudiziario ha per fine il *giusto*; ecco gli emisferi dell'azione rispettiva. Con questa partizione è spiegato chiaramente il concetto, il modo di vedere dei novatori, e la posizione, a dir così, dei due campi; ma non si risolve la questione in principio, mentre gli avversarii negano tosto la competenza giudiziaria *per ogni maniera di diritti*, e sostengono che i diritti della pubblica amministrazione, o quelli che si professano contro di essa dai privati nei termini delle tesi proposte, si devono di ragione deliberare da tribunali dell'ordine amministrativo, quantunque con forme giudiziarie speciali. Nella partizione si conviene facilmente, ma con una formula differente; all'amministrazione pura o attiva il maneggio e dominio degli *interessi*; ai tribunali del contenzioso amministrativo i *diritti* dell'ordine enunciato; tutti gli altri all'autorità giudiziaria. La questione adunque non versa fra *interessi e diritti*, ma fra *diritti e diritti*.

La questione è di libertà: vale dire, se pari libertà e guarentigia abbiano i diritti della giustizia, dati al giudizio dei tribunali di classe amministrativa, o affidati ai tribunali ordinarii. Si è risposto, no; si è dimostrato il pericolo nel primo caso; la completa sicurezza nel secondo. Indi a due difficoltà conviene rispondere: 1° con questo sistema l'autorità giudiziaria non usurpa forse sul Potere amministrativo? 2° l'interesse generale, l'ordine pubblico non è forse alterato, offeso, da siffatta intromissione a tutto costo dell'autorità giudiziaria? All'una e all'altra obbiezione si risponde negativamente. Niente usurpa l'autorità giudiziaria ordinaria, perchè in essa si raccoglie tutta la giurisdizione. La legge ha ordinate le cose di maniera che ben considerate le reciproche attinenze, e con savii e accomodati temperamenti, le due grandi attività possano operare completamente libere nella rispettiva sfera di azione; il che vedremo nelle seguenti considerazioni speciali sulla legge.

II.

Legge del 20 *marzo* 1865.

Articolo 1.

I tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, sono aboliti; e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria o all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge.

I tribunali del contenzioso amministrativo non erano che tribunali *speciali*; in quanto tali, non erano *odiosi* al sistema di libertà che si veniva ognora ampliando, se bene c'intendiamo sul valore del predicato. Si differenziano dagli *eccezionali* in questo, che i tribunali eccezionali rappresentano fuori del diritto comune magistrature irregolari ed anomale, composte a ragione di circostanze, a volontà dell'imperante, laddove i tribunali *speciali* fanno parte integrante del-

l'ordinamento giudiziario, sottostanno a regole conosciute e costanti, non tengono a privilegio di persone (1), hanno per caratteristica una data materia ad essi tribunali assegnata per comodità dell'amministrazione giudiziaria, come a quelli di commercio. La magistratura del contenzioso amministrativo, quantunque nel parere di alcuni venisse poi degradando nell'esercizio per un pendìo che si forma naturalmente verso il centro di gravità che in tal caso era il Potere esecutivo, la magistratura, io dissi, del contenzioso amministrativo, nella mente degli istitutori, nel collegamento che aveva colla legislazione comune, non poteva considerarsi che speciale.

Articolo 2.

Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica Amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del Potere esecutivo o dell'autorità amministrativa.

Articolo 3.

Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, omesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti.

Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere ugualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative.

La giurisdizione ordinaria è investita per regola generale della facoltà di giudicare di qualunque contestazione giuridica. Questo principio è consacrato nell'articolo 1. Ciò non implicherebbe, come ho detto, l'abolizione dei tribunali speciali; ma è semplicemente una conseguenza che le cognizioni demandate a tribunali speciali, dopo la loro abolizione, rientrino nell'ampio continente della giurisdizione universale.

L'articolo 2 non è pertanto un'ampliazione, ma una spiegazione. L'articolo 1 dice tutto. D'altra parte aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, non poteva concepirsi che la cognizione dei subbietti giuridici ad essi attribuita ritornasse di guisa alcuna nell'Amministrazione attiva, da cui era stata definitivamente avulsa colla istituzione degli stessi tribunali. Nondimeno vi era ragione di distinguere. Non si trattava più di determinare il confine fra due magistrature giudicanti; ma era d'uopo tracciare le grandi linee che separano il Potere giudiziario dall'amministrativo. Il contenzioso amministrativo era come una zona intermediaria che fra il Potere amministrativo e il giudiziario allargandosi, attenuava in certo modo gli attriti e allontanava, per così esprimermi, gli urti diretti. Ora i due Poteri grandeggiano di fronte e sono in contatto. Anche l'Amministrazione pubblica emette i suoi giudizi, emana le sue decisioni.

L'articolo 2 contiene due parti distinte, in ciascuna delle quali si afferma la podestà giudiziaria. Esse hanno un significato evidentemente diverso. Che la podestà giudiziaria fosse chiamata a conoscere di ogni materia di contestazione, *comunque vi possa essere interessata la pubblica Amministrazione*, è implicito nell'articolo 1. La seconda parte scioglie in massima una difficoltà che non è tolta completamente che nei seguenti articoli 4 e 5. Dato che l'Amministrazione ha pure le sue decisioni che devono essere rispettate, e si compenetrano nella sua attività governativa, bisognava stabilire se, quando gli *stessi suoi provvedimenti* siano sorgenti di diritto, venisse con ciò limitata la cognizione giudiziaria; e la legge ha risposto. Ma dovendosi svolgere alcune idee complesse su questo tema, ne riserbo l'esame agli articoli che seguono.

Ora è mestieri fermarsi su quelle parole della legge, *tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico*.

Lo splendido oratore che difese alla Camera il progetto di legge faceva osservare che la formula si era tolta alla legge del Belgio che aveva già statuito in tesi conforme (2). È chiara ad

(1) Eccezionali erano i tribunali ecclesiastici.

(2) Se io non mi occupo dei lavori degli altri illustri deputati e senatori, che in diversi tempi trattarono questo soggetto dal 1862 in poi, non deve attribuirsi che al bisogno che ho di restringere la mia esposizione; ma ne apprezzo la valentia e riconosco tutto il merito della loro opera.

ognuno l'intelligenza di quella frase, *diritti civili*; ma che s'intese coll'altra, *diritti politici?* Diritti che non appartengono semplicemente alla categoria dei privati; che non si disputano fra individui e individui, o fra individui e Corpi morali, aventi per oggetto condizioni intrinseche di persona o ragioni di proprietà. *Diritti politici*, quelli del cittadino di paese libero, che possono vedersi sotto due aspetti. In quanto conferiscono delle facoltà, col ministero delle quali si contribuisce al governo della cosa pubblica (diritti elettorali, di associazione, libertà di stampa, ecc.), e potrebbero dirsi *attivi;* in quanto sono la conseguenza e il risultato della libertà guarentita dalla Costituzione (diritto di successione, in dati casi, libertà di coscienza, ecc.), e possono chiamarsi *passivi* o *soggettivi*.

La pubblica Amministrazione può figurare come avente un interesse nel dibattimento dei diritti sì civili che politici della persona; non pertanto la giurisdizione ordinaria è completamente investita dell'esame della controversia (1). Così letteralmente l'articolo 2. E questo, prego di avvertirlo, non per causa *di predilezione* o *di prevalenza del Potere giudiziario sull'amministrativo;* ma perchè è passato in dogma nel nostro Diritto pubblico interno che ogni controversia giudiziale sia nel naturale ufficio dei magistrati ordinarii; e perchè si crede che le ragioni della pubblica Amministrazione potranno avere nel rito e nella giurisdizione comune una tutela non meno rassicurante che quelle dei privati cittadini.

L'*interesse* della pubblica Amministrazione nella sfera dei *diritti civili* è interesse di parte; quanto ripugna che l'Amministrazione, come parte, tragga a sè l'altra parte, privata e meno potente, nell'orbita dei propri tribunali, altrettanto è consentaneo a ragione che entrambe, considerate come uguali nelle loro contrattazioni, nelle rispettive loro pretese, siano sottoposte al giudizio dei tribunali ordinarii (2).

L'*interesse* dell'Amministrazione pubblica, in relazione a *diritti politici*, può rivestire un altro carattere. Essa può presentarsi come tutrice e vindice dell'ordine pubblico. Il suo interesse ad ogni modo non è interesse di parte. L'autorità amministrativa ha cancellato un individuo dalle liste elettorali; ed è con essa che l'individuo viene in lotta per reclamare una riparazione. L'interesse superiore che la pubblica Amministrazione spiega in somiglianti evenienze, il fine che si propone nella sua risoluzione, quello di mantenere la purità del concorso elettorale, di mondarlo da impuri elementi, e di giovare infine all'ordine generale, non bastano per attribuirle un'autorità indipendente, che però ottiene in altri paesi che non godono di una compiuta libertà. E qui, bisogna convenirne, il rispetto della libertà politica individuale è portato agli estremi suoi limiti; ed è una delle caratteristiche del nostro sistema (3).

L'articolo 3 non parla più di controversie, *ma di affari*. E giustamente, perchè non vi sono più controversie demandate a funzionarii, qualunque siano, e con qual nome si chiamino, di ordine amministrativo; quindi molto meno all'Amministrazione operante. Non sarebbe forse un pleonasmo l'articolo 3? Può essere: tuttavia esso vale come suggello delle disposizioni stanziate nei precedenti due articoli; è una traccia fortemente scolpita della divisione che il legislatore ha voluto stabilire nel suo chiaro e semplice dettato. E al postutto non significa fuorchè l'autonomia e la libertà dell'azione amministrativa nella sfera immensa degli interessi, nel cui moto incessante si raffigura la vita dello Stato.

Articolo 4.

Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato in quanto riguardi il caso deciso.

Qui comincia a farsi luce sull'articolo 3 e a determinarsi un ordine di rapporti inteso ad evitare pericolosi conflitti. All'ombra di questo articolo possiamo aggiungere qualche necessario sviluppo alle idee precedenti.

(1) Rispetto ai diritti elettorali, *V.* la Giunta IV.

(2) Il caso più ovvio è quello dei contratti che la pubblica Amministrazione stipula ogni giorno, per diversissime cause, coi privati individui, con società commerciali.

(3) È però la Giunta IV.

In effetto l'interesse del governo potrebbe implicarsi e strettamente ravvolgersi in una controversia di diritto più di quello che sembri a primo aspetto, in guisa da non potersi per artificio di leggi positive separarsi senza grave difficoltà. Combinazioni di questo genere furono già avvertite nelle discussioni parlamentari.

Questa intrinseca difficoltà può essere di due maniere. O perchè non sia agevole comprendere nella mistura del diritto privato e dell'interesse pubblico quale sia il punto in cui si dividono e possono separatamente trattarsi. O perchè in effetto una separazione precisa non essendo possibile, gli interessi della pubblica Amministrazione non potrebbero sottrarsi alla cognizione e altresì alle disposizioni dell'autorità giudiziaria, che di questa guisa sembrerebbe trasmodare dall'ufficio suo.

Si tratta di costruire una nuova strada o un canale che fendono terreni di proprietà privata; e le questioni sono frequenti. Tutto ciò che concerne la convenienza, l'amplezza, le modalità della impresa, sono certamente della pubblica Amministrazione; se il privato potesse combattere armato ogni passo, ogni movimento dell'Amministrazione, e contrastarvi con una lite, quale confusione! non si finirebbe mai più. E come in questa, del pari in molte altre controversie il *diritto privato* si subordina all'*interesse collettivo* e *generale;* o a dir proprio il diritto non esiste. Ma a chi tocca il dichiarare che il diritto non esiste, o non esiste che sino a un dato punto?

L'articolo 4, sommamente importante, si propone di sciogliere la difficoltà. Un *atto* della pubblica Amministrazione può ledere dei diritti: senza dubbio. *Atto* è una decisione, una risoluzione qualunque del Potere amministrativo sopra una data materia di sua competenza. Lo stabilimento di un'opera di pubblica utilità è nel legittimo ed indipendente esercizio del Potere esecutivo (1): il decreto che l'ordina è un *atto* di questo Potere. Supponiamo avvenute le regolari espropriazioni dei terreni sui quali devono erigersi le nuove costruzioni o fabbricarsi la strada. Sul modo o sulla misura dei prezzi nasce questione. Intanto il governo ordina l'occupazione. Posto che si conosca dall'autorità giudiziaria che l'*atto* riguarda veramente l'interesse dell'individuo reclamante, decide che il proprietario *deve mantenersi nel suo possesso* perchè il suo terreno non è compreso fra le spropriazioni, o sino a regolare pagamento. *L'atto non è rivocato,* ma si dichiara in sostanza che non deve avere esecuzione, allo stato almeno delle cose. È impossibile non vedere in ciò la prevalenza dell'ordine giudiziario sull'amministrativo: ma noi siamo già entrati nella sfera del diritto. Una specie di urbanità, di convenienza, di rispetto alla risoluzione amministrativa impone al giudice di non metter le mani nell'atto, limitandosi a determinarne gli effetti giuridici. La pubblica Amministrazione a sua volta rende omaggio alla decisione giudiziaria contro la quale può contrastare, ben inteso, con tutti i mezzi permessi dalla stessa legge giudiziaria, ma non può reagire invocando l'autorità propria.

Si parla di *atti* in un senso di risoluzione apparente dell'autorità amministrativa. Ma non si dirà lo stesso dei *fatti* che ledono o minacciano un diritto? Niun dubbio che l'articolo 4 è frutto delle più mature deliberazioni; io non oserei aggiungervi. Ma i *fatti* devono intendersi compresi. L'Amministrazione comunale o provinciale fa occupare da' suoi agenti un pezzo di terra escluso dalla spropriazione; il proprietario reclama contro il fatto ingiusto; il suo diritto di azione è evidente.

Ciò rende meno grave la obbiezione elevatasi: che l'*atto* di un'Amministrazione è cosa accidentale; non doversi su meri accidenti costituire una giurisdizione. La base della giurisdizione, si disse, *non può essere che la materia:* e se questa è d'ordine pubblico, al Potere amministrativo appartiene. Chi vi rifletta, vedrà che l'argomento rimane esautorato e senza forza una volta che il sistema adottato escluda questa divisione per materia, riportando al naturale ufficio giudiziario ogni e qualunque controversia giuridica. Se un *fatto* è lesivo di un diritto, sia pure fatto di un'autorità amministrativa, è valutato secondo ragione dall'autorità giudiziaria *in quanto è un fatto*, e senza curare il suo autore o le sue origini; se vi ha di mezzo un *atto*, una manifestazione formale, una decisione, gli effetti della quale vengono impugnati avanti l'autorità giudiziaria, prossimo a scoppiare un urto fra i due poteri, la legge doveva preparare un espediente di reciproca convenienza; l'articolo 4 non ha altro scopo.

(1) Potere *esecutivo* è concetto di relazione: termine opposto al *legislativo*, del quale è il braccio e l'azione. *Potere amministrativo* o *amministrazione pubblica* è l'azione stessa del Potere esecutivo: ed ha pure un *carattere sostantivo*, come istituzione che oltre all'effettuazione dei placiti legislativi, imprime un moto incessante ad attività d'ogni maniera, quali mezzi di ordine, di ben essere, di prosperità pubblica.

Digitized by Google

Articolo 5.

In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi se ed in quanto siano conformi alle leggi.

Applicazione dell'atto amministrativo significa che l'autorità giudiziaria vi dà esegnimento, malgrado contrarie eccezioni. Ma dopo ciò che si è stanziato nell'articolo 4, non si può trattare che di un'applicazione *secundum quid*, cioè in quanto non sia offeso qualche diritto, poichè troviamo nel detto articolo che l'atto amministrativo, senza attaccarsi di fronte e rivocarsi, può essere denudato di ogni efficacia dall'autorità giudiziaria. È palese che essa non si eleva mai sindacatrice degli atti amministrativi: invitata a decidere di diritti, indaga piuttosto gli effetti dell'atto che l'atto stesso, sin dove lo comporta il proprio oggetto; respinge tutto ciò che è illegale senza sostituirsi al Potere la cui determinazione si presenta come ostacolo alla ragione della legge: suprema norma.

In due modi frattanto può considerarsi contrario alla ragion legale un atto amministrativo; in quanto la offenda con *una risoluzione speciale concreta* (1), ovvero con *una disposizione generale;* ed a questa sembra avvisare l'articolo 5.

Del resto l'autorità giudiziaria non può uscire dalla *sfera del diritto:* in altri termini, per alzarsi a conoscere il valore intrinseco di un atto amministrativo, *il giudice dev'essere costituito da' suoi doveri d'ufficio nella necessità di farlo.* Il che avviene in due casi, o che il diritto allegato discenda e sia generato da un atto amministrativo, e allora non può esimersi dall'esaminarlo. O che il convenuto opponga ad un'azione giuridica l'ostacolo di un atto amministrativo. In ogni altro caso mancherebbe al giudice la giurisdizione; egli commetterebbe un eccesso di potere.

Spesso si confondono gli *interessi* coi *diritti.* Si presentano in realtà delle combinazioni tanto delicate e difficili, che per avventura non si sciolgono *a priori* e con un criterio generale. Si apre un concorso per un impiego comunale; si pubblicano i requisiti che sono richiesti all'ammissione del concorso; uno solo concorre, presenta i requisiti; ma il concorso non si apre più. Era obbligatoria quella promessa del Comune? O due concorrenti per requisiti si presentano; uno di essi ha un corredo di prove evidentemente superiore (2), ma viene posposto. È stato offeso *un diritto?* La legge organica guarentisce la inamovibilità, il diritto d'anzianità e via discorrendo; in quali casi si devia da queste regole! Si violano forse dei diritti rivendicabili in giudizio?

Io non posso dedicare al grave argomento che poche parole. Distinguiamo i *titoli* dai *diritti;* nell'ordine amministrativo i *titoli* non sono che mezzi morali per acquistare dei diritti. I *diritti* s'impongono e comandano obbedienza; i *titoli* parlano alla convinzione. Nell'ordine amministrativo havvi un potere discrezionale, inevitabile, derivante dalla natura delle cose, un potere dirigente che non soggiace che ad una responsabilità morale. Il Potere amministrativo è di utilità, di convenienza, d'interesse pubblico; finchè la sua manifestazione è possibile, non esiste ancora il diritto. Quindi non vi ha propriamente *diritto* ad avere degli impieghi e degli avanzamenti: diritto, intendo, discutibile dai tribunali. I *diritti* derivano dalla legge; il fatto dell'Amministrazione pubblica può collocarvi in una condizione *dalla quale derivano dei diritti giudizialmente esercibili;* ma la determinazione di essa non può invocarsi come un diritto.

Articolo 6.

Sono escluse dalla competenza dell'autorità giudiziaria le questioni relative all'estimo catastale e al riparto di quote, e tutte le altre sulle imposte dirette, sinchè non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli.

In ogni contratto d'imposta gli atti di opposizione saranno accompagnati dal certificato di pagamento dell'imposta.

Le leggi d'imposta producono obbligazioni e diritti. L'articolo 6 non è che una conferma del principio al quale omai s'informa il sistema giudiziario, di estendere il suo dominio sopra ogni

(1) Se n'è già dato qualche esempio.
(2) Se occorre anche l'esame, niun dubbio che ciò si dirige alla convinzione; e il collegio che giudica è un giurì *insindacabile.*

Digitized by Google

controversia giuridica, di qualunque natura, e qualunque siano le parti interessate. Ma l'articolo 6 inchiude anche una limitazione in ordine alle *imposte dirette*, e per questo fu scritto. Il lavoro autonomo dell'Amministrazione arriva *sino alla pubblicazione dei ruoli;* eseguisce le distribuzioni e i riparti del debito generale. La ragione della disposizione è chiara per se stessa. *L'imposta deve pagarsi: suprema lex* comandata dall'ordine dell'amministrazione e dai bisogni dello Stato; l'azione è sempre di restituzione dell'indebito.

Dopo questo necessario e contemporaneo concorso di tutti i cittadini a pagare i tributi diretti dello Stato, la porta dei giudizi si apre a tutte le questioni *che involvono un diritto.*

Due questioni generali sono indicate come possibili dalla Legge: 1ª *Sull'estimo catastale;* 2ª *Sul riparto delle quote.* Ciò letteralmente dimostra che il contribuente non solamente può recare alla giustizia ordinaria i suoi lamenti sull'eccesso e sugli errori che hanno accompagnato il pagamento eseguito, ma eziandio sul titolo fondamentale del debito, benchè sancito dall'autorità amministrativa.

La Corte di cassazione rigettò il ricorso interposto contro questa sentenza (decisione 5 giugno 1867, relatore Valperga).

GIUNTA II.

Sui conflitti di giurisdizione fra le Autorità amministrative e giudiziarie.

I.

La Legge del 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo non dettò alcuna norma per risolvere i conflitti generali, ed in via provvisoria mantenne le disposizioni delle leggi anteriori, con una riserva. « Fino ad ulteriori provvedimenti per la risoluzione uniforme dei conflitti fra « le autorità giudiziarie ed amministrative, la Legge del 20 novembre 1859, nº 3780, sarà « estesa a tutte le provincie del regno, ferma la giurisdizione attribuita al Consiglio di Stato « per pronunciare sui conflitti dell'articolo 10 della Legge sulla costituzione del Consiglio di « Stato del regno » (articolo 13).

Il complesso dell'articolo 10 della Legge 20 marzo 1865 sul Consiglio di Stato (allegato D) ci richiama ad alcune gravi considerazioni (1).

La Legge *sul Consiglio di Stato* nel citato articolo modifica forse la Legge *sul contenzioso amministrativo*, e restringe la generalità dell'art. 1, che fu per noi trascritto nella *Giunta I?* Nulla vi ha in quello, nè in altri degli articoli seguenti, che denoti la volontà del legislatore di escludere dalla giurisdizione ordinaria le controversie indicate nei numeri 2 e 3 dell'art. 10 della Legge sul Consiglio di Stato.

Peraltro in queste ultime disposizioni è così pronunciato, sì dominante, l'elemento dell'interesse generale; l'indole e l'oggetto della controversia è di maniera intrinsecato, per così esprimermi, nelle naturali attribuzioni del Consiglio di Stato, che il più deciso propugnatore della giurisdizione ordinaria non può esserne scontento. Si tratta del *debito pubblico;* si tratta di materie sul cui terreno vengono a misurarsi la *podestà civile* e la *podestà ecclesiastica*, dello

(1) Art. 10. « Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria, pronunziando definitivamente con decreti motivati:

« 1º Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria;

« 2º Sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;

« 3º Sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia;

« 4º Sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al Consiglio di Stato, o sopra tutte le questioni che da leggi speciali, non per anco abrogate nelle diverse provincie del regno, fossero di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato.

« L'istanza per queste decisioni è trasmessa al Consiglio di Stato dal ministro di grazia, giustizia e culti ».

quali si desidera ma non si spera il felice connubio nei tempi che corrono; e ponete avvertenza che la missione del Consiglio di Stato ha un carattere di generalità che non appartiene all'autorità giudiziaria, la quale s'interpone nelle questioni specifiche, nelle contingenze concrete, sia pure fra gli enti ecclesiastici e lo Stato; soggetto non certamente alieno dalla giurisdizione ordinaria.

Intanto adunque la competenza rientra nelle attribuzioni del Consiglio di Stato in quanto il provvedere sulla materia e sui diritti che vengono in questione importa per sè decisione di massima interessante la generalità dei cittadini, determina rapporti d'ordine pubblico, e modifica il giure dello Stato con una influenza che si estende sull'azione stessa del governo. Onde io mantengo, che questa legge non è propriamente una limitazione di quella sul *contenzioso amministrativo*, per la natura del subbietto sostanzialmente distinta da quel genere di controversie che, comunque implicanti l'interesse della pubblica Amministrazione, si restringono al campo di una disputazione concreta, e non feriscono lo Stato nelle sue stesse funzioni.

II.

Perchè fu tenuta in vigore la Legge del 20 novembre 1859 *sui conflitti delle autorità amministrative e giudiziarie*, mentre l'articolo 10, n° 1, della nuova Legge sul Consiglio di Stato a lui attribuisce espressamente questa giurisdizione? La Legge del 59 è un ordinamento che regolando il rito, le forme e le modalità del giudizio, non poteva essere supplita dall'una o dall'altra delle suddette leggi che proclamano norme generali.

« Vi è conflitto quando l'autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate all'autorità amministrativa, e quando un tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai tribunali del contenzioso amministrativo » (articolo 1 di detta Legge del 1859).

In tale posizione di cose vi sarebbe arrogazione di competenza dell'autorità giudiziaria, e non conflitto. Per certo il mezzo più semplice era quello di elevare la eccezione d'incompetenza avanti la stessa autorità giudiziaria, ma si capisce che non si aveva sufficiente fiducia nella sua imparzialità; si temeva di compromettere l'indipendenza del Potere amministrativo; se insomma il conflitto non esisteva, bisognava eccitarlo, ed è ciò che ordina il seguente art. 3. « Quando verta dinanzi ad un tribunale ordinario una causa che il Governatore (Prefetto) « *creda di cognizione* del tribunale del contenzioso amministrativo, egli dovrà richiedere il tri- « bunale competente del contenzioso amministrativo. — La richiesta sarà fatta mediante me- « moriale ragionato da dirigersi al pubblico Ministero » (articolo 2). « Il pubblico Ministero « promuoverà immediatamente le deliberazioni del tribunale ordinario, unendovi le sue con- « clusioni » (articolo 3).

« Se il tribunale ordinario non fa luogo alla istanza, il Governatore (Prefetto) potrà con « suo decreto eccitare il conflitto (1) entro dieci giorni successivi alla trasmissione di cui nel- « l'articolo precedente (2). Qualora la deliberazione sia conforme alla istanza del (Prefetto), « il pubblico Ministero dovrà farla notificare per mezzo della Segreteria di Stato ai procu- « ratori delle parti, le quali potranno appellarne: in questo caso sarà in facoltà del (Pre- « fetto) di eccitare egualmente il conflitto nei dieci giorni successivi all'introduzione dell'appello « notificato dalle parti al pubblico Ministero, il quale ne informerà il (Prefetto). — Il con- « flitto può esser eccitato nello stesso termine quand'anche prima della scadenza del mede- « simo il Tribunale avesse pronunciato sul merito » (articolo 5).

« Eccettuato il caso previsto dall'ultimo alinea dell'articolo precedente, non potrà mai ec- « citarsi il conflitto dopo una sentenza definitiva di merito non soggetta ad appello e pas- « sata in giudicato » (articolo 6).

Finchè non si fa che opporre la incompetenza ed insistere che sia dichiarata, il magistrato giudiziario è libero di pronunziare; pronunziata la incompetenza, si può anche interporre appello. Il conflitto può esser pure eccitato posteriormente alla sentenza di merito: ad una

(1) Che sino a questo momento non esisteva.

(2) Nell'articolo quarto si dichiara:

« Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

« L'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso decisivo ».

di queste condizioni, o che il termine dei dieci giorni non sia decorso, o che si tratti di una sentenza appellabile, o che la sentenza di secondo grado non sia ancora passata in giudicato.

Dopo ciò qual rimedio rimane nell'interesse della competenza amministrativa? Il ricorso in cassazione, se la stessa pubblica Amministrazione era rappresentata in giudizio: promuovendosi da altri il ricorso, la Corte suprema, annullando per radicale incompetenza dell'autorità giudiziaria la decisione d'appello (il che può fare anche d'ufficio), rivendica al Potere amministrativo la sua legittima giurisdizione.

Noi supponiamo che il conflitto sia eccitato in tempo debito, il che avviene dopo la deliberazione negativa del tribunale. L'articolo 7 in tal caso ordinava « il decreto con cui il (Prefetto) ecciterà il conflitto, farà menzione della deliberazione del tribunale e, occorrendo, « dell'atto di appello, e specificherà i motivi per i quali crederà competente il tribunale del contenzioso amministrativo » (articolo 7).

Abeliti i tribunali del contenzioso amministrativo, questa disposizione viene a modificarsi, come dirò più avanti. Difatti sotto la passata legislazione, lo scisma poteva cadere sul vario modo di distribuire il subbietto giuridico ai tribunali ordinarii e a quelli del contenzioso amministrativo, laddove oggidì non abbiamo che larghe questioni di competenza generale. Perciò la parte viva della Legge del 20 novembre 1859 potrà dirsi quella che riguarda le differenze giurisdizionali *fra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria*, per le quali è scritto l'articolo 13. « Quando siavi causa vertente innanzi ad un tribunale ordinario che il « (Prefetto) creda di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa, richiederà il tribu- « nale di dichiararsi incompetente, *e procederà colle norme stabilite dall'art. 3 e seguenti* ». Da questo richiamo non può ritenersi escluso l'art. 7, essendo sempre richiesto dal Prefetto *un decreto motivato*. I motivi della opposizione saranno già stati enunciati nella sua comparsa mediante il pubblico Ministero; ma devono risultare ancora da quell'atto che chiamasi non propriamente *decreto*, col quale il Prefetto rivolge i suoi reclami al Ministero dell'Interno coll'organo del pubblico Ministero, secondo l'articolo 11 della predetta Legge. I motivi diranno perchè il Prefetto reputi l'affare estraneo alle attribuzioni giudiziarie, e da trattarsi piuttosto nei modi amministrativi.

Nonostanti le mutazioni avvenute, il Prefetto continua a corrispondere col Ministro dell'Interno per ordine gerarchico, accompagnando gli atti col parere del pubblico Ministero; e sono fermo nel credere che lo stesso Ministro dell'Interno possa o no dar corso alla lite avanti al Consiglio di Stato, al quale, in caso affermativo, egli trasmette gli atti.

Dei conflitti negativi.

« Quando un tribunale ordinario e un tribunale del contenzioso amministrativo si saranno « rispettivamente dichiarati incompetenti a conoscere di una stessa controversia, verrà deter- « minata la competenza per Decreto Reale, secondo l'articolo 17 della Legge 30 ottobre 1859 » (articolo 15 della predetta Legge, 20 novembre 1859).

La combinazione non è più possibile; resta quindi a vedere se questo articolo sia abrogato.

Giova richiamare il testo del citato articolo 17 per riunire in questo luogo ciò che vi è di più interessante nelle disposizioni analoghe.

L'articolo è così concepito: « Sarà pure necessario il *preavviso del Consiglio* sui conflitti di « giurisdizione fra le autorità amministrative e le giudiziarie. — Questo preavviso dovrà darsi « in assemblea generale. — La risoluzione del conflitto sarà pronunciata con Decreto Reale « sulla proposizione del Ministro dell'Interno, e sentito il Consiglio dei Ministri ».

In questo frequente rivolgere di leggi quale desidera il corso dei tempi nuovi e la difficoltà di perfezionarle ad un tratto, è sempre pericoloso mantenere le sussidiarie antiche che s'intrecciano con disposizioni diverse, o sono animate da un diverso spirito.

Qui però non è difficile comprendere che il *conflitto negativo* è bensì possibile, ma caddero gli ordinamenti scritti pochi anni sono per regolarlo, mentrechè in questo spazio si è fatto un cammino immenso nella libertà.

Il conflitto negativo, come il positivo, poteva manifestarsi semplicemente nell'*ordine giuridico*, fra tribunali ordinarii e tribunali del contenzioso amministrativo, troppo ravvicinati fra loro perchè gli urti potessero evitarsi per la sola forza della logica dei giudici. A questo difatti accenna, come a caso più ovvio, l'art. 15 sutrascritto. La combinazione, come abbiam detto, non può temersi allo stato attuale della legislazione; nondimanco può riprendersi sotto qualche altra forma più ristretta e speciale; per esempio, in dispute elettorali (*V.* Giunta IV), in dispute di tasse, circa le quali siano anche proposti atti di giurisdizione (*V.* Giunta III).

Ora dunque è meglio tenersi alla formula generale che già si trova in tutta la sua ampiezza nell'articolo 10 della costituzione del Consiglio di Stato del 20 marzo 1865, allegato D. « Il « Consiglio di Stato *esercita giurisdizione propria*, pronunciando definitivamente con decreti « motivati, 1° *sui conflitti che insorgono fra l'autorità amministrativa e la giudiziaria*, ecc. ». Se il Consiglio di Stato *esercita una giurisdizione propria* (ossia non delegata dal Principe, notevoli parole), noi ci troviamo molto avanzati oltre l'istituto del 1859. All'ufficio del Consiglio di Stato era riservato il semplice ufficio di consulente; giudice vero e supremo fra l'azione del governo e l'azione giudiziaria era lo stesso governo.

Pertanto l'esistenza dell'articolo 15 della Legge del 20 novembre 1859, messo nella sua piena luce dall'articolo organico 17 della Legge del 30 ottobre di quell'anno *sul Consiglio di Stato*, sembrerà sostanzialmente incompatibile colla Legge presente.

Ciò quanto allo stato positivo della legislazione. Ed è inutile eccitare una polemica di gius costituendo: mentre quivi risiede una difficoltà intrinseca e somma: a quale autorità talmente superiore, talmente libera da ogni preconcezione, sia da affidare questo supremo giudizio, mentre non si mancherà di osservare che facendo il Consiglio di Stato ultimo arbitratore della competenza, si ricade nel vizio deplorato nell'anteriore sistema; quel Corpo, altamente rispettabile, si dirà appartenere all'organismo amministrativo, quantunque ad alcune funzioni si voglia investito di giurisdizione sua propria.

Rientrando nel tema, siamo chiamati ad una osservazione finale da una recentissima decisione della Corte Suprema di Firenze, nella quale è con ragione stabilita l'inapplicabilità degli articoli 108 e seguenti della procedura civile, quando si esce dal termine dei conflitti che sorgono *fra le magistrature giudicanti nel seno dell'amministrazione giudiziaria civile*, al quale oggetto soltanto furono scritti (sentenza 20 maggio 1867, Legge, n° 51).

GIUNTA III.

Questioni di competenza sulla Legge della ricchezza mobile, del 14 luglio 1864.

Dichiarano gli articoli 25 e 26 di quella Legge che chiunque si crede gravato dalla tassa arbitrata dalla Commissione di sindacato può portarne appello in un termine stabilito alla Commissione provinciale.

D. P. fra i redditi esposti alla tassa denunciò gli interessi che a ragione del cinque per cento percepiva o avrebbe dovuto percepire sopra un capitale di L. 5200. La Commissione, errando strannmente, scambiò il capitale colla rendita, e v'impose la tassa corrispondente.

D. P. non ricorse alla Commissione provinciale; ma dopo aver pagata la tassa domandò avanti il Tribunale la restituzione dell'indebito. I rappresentanti della pubblica Amministrazione opponevano la incompetenza dell'autorità giudiziaria.

La Corte di Brescia, confermando in questa parte la prima sentenza (1), emendò l'errore (decisione del 19 settembre 1866, *Monitore dei Tribunali*, anno VII, 1866, n° 42, 43).

Le massime principali ritenute in questa decisione che fa onore alla indipendenza dei giudici, e alle quali noi pienamente aderiamo, sono le seguenti:

a) Applicazione dell'articolo 6 della Legge del 20 marzo 1865 come legge generale, e quindi anche nella tesi attuale;

b) L'autorità amministrativa non poteva imporre la tassa sull'*inesistente;* il reddito tassato non esisteva *in rerum natura*. La Commissione non può aver fatto cosa alcuna che abbia effetto giuridico; a simili operazioni non aveva nè mandato, nè giurisdizione;

---

(1) Modificò il disposto della sentenza rispetto agli interessi; e fu ragione. *D. P.* avrebbe dovuto valersi dei rimedii proposti dalla legge, e ricorrere alla Commissione in via d'appello.

c) L'operato della Commissione è incensurabile, e le liquidazioni diventano definitive quando sopra elementi liquidabili, eventuali, incerti, il magistrato amministrativo arbitra e decide. Ciò vale una limitazione alla giurisdizione universale del Potere giudiziario. Ma quando si tratta di determinare l'*ente tassabile*, non semplicemente di liquidare la tassa, rientra la giurisdizione ordinaria, che ha l'autorità di esaminare nella legge la causa giuridica del tributo.

La Corte di cassazione rigettando il ricorso, confermò questi principii (5 giugno 1867, relatore Valperga).

GIUNTA IV.

Competenza in materia di capacità elettorale.

Articolo 75 della Legge comunale 20 marzo 1865. « Contro le operazioni elettorali è ammesso il ricorso al Consiglio comunale, e da questo alla Deputazione provinciale, la quale « pronuncierà a termini dell'articolo 36 (1). Quando la decisione del Consiglio comunale versi « sulla capacità legale di un cittadino ad essere elettore od eleggibile, *è aperta la via al-« l'azione giuridica a senso dell'articolo* 39 ».

Articolo 39. « I Comuni e i privati che volessero contraddire ad una decisione pronun-« ciata dalla Deputazione provinciale, o lagnarsi di denegata giustizia, *potranno promuovere « la loro azione presso la Corte d'appello*, presentando i titoli che danno appoggio alla loro « domanda entro il termine di giorni dieci dalla intimazione del provvedimento, contro il « quale reclameranno. — Dove la decisione della Deputazione provinciale avesse rigettata « una domanda d'iscrizione sulla lista elettorale, proposta da un terzo, l'azione non potrà « proporsi che dall'individuo del quale si sarà chiesta la iscrizione » (2).

È questa fra le giurisdizioni riservate nell'articolo 12 della Legge sul *contenzioso amministrativo* che nacque ad un parto con essa. L'articolo è così concepito: » Colla presente Legge « non viene fatta innovazione nè alla giurisdizione della Corte de' conti e del Consiglio di « Stato in materia di contabilità e di pensioni, *nè alle attribuzioni contenziose di altri Corpi « o Collegi, derivanti da leggi speciali e diverse da quelle sin qui esercitate dai giudici or-« dinarii del contenzioso amministrativo* ». Precedentemente esisteva la giurisdizione comunale e provinciale in questa materia in forza della Legge 23 ottobre 1859.

Nell'ordine giurisdizionale abbiamo una rimarchevole specialità. La competenza amministrativa trapassa in giudiziaria, e si assume quella che la legge chiama *azione giuridica*.

Fra l'anteriore e la presente Legge vi ha una differenza. Per l'articolo 36 della prima l'*azione giuridica* esercitavasi avanti la Corte d'appello *dopo esaurito il reclamo dalla Deputazione comunale alla provinciale*. Ora si ritiene che senza passare per questa via, si debba portare il reclamo *direttamente alla Corte d'appello*.

Se i trascritti articoli 36 e 75 non furono sufficientemente chiari, spiegazione chiarissima vi diede l'articolo 36 del Regolamento 8 giugno 1865 sulla esecuzione della predetta Legge.

---

(1) L'art. 36 descrive la forma di tali giudizi.

(2) Art. 40. « La causa sarà decisa sommariamente ed in via d'urgenza senzachè sia d'uopo del ministerio di causidico e d'avvocato, e sulla relazione che ne verrà fatta in udienza pubblica dall'uno dei consiglieri della Corte, sentita la parte od il suo difensore, e sentito pure il pubblico Ministero nelle sue conclusioni orali ».

Art. 41. « Una copia del ricorso d'appello, nel termine di tre giorni dalla presentazione del medesimo, verrà depositata nell'uffizio del Ministero pubblico presso la Corte, dal quale sarà trasmessa alla Deputazione provinciale.

« Questa potrà inviare al Ministero pubblico i titoli e i documenti che crederà opportuni allo schiarimento dei fatti

« I titoli e documenti medesimi saranno depositati nella segreteria della Corte, onde gl'interessati ne prendano visione, e saranno poi uniti gli altri ».

Art. 42. « Se vi è ricorso in Cassazione, la Corte provvederà a termini dell'art. 40 ».

Art. 43. « L'appello introdotto nel termine indicato all'articolo 39 contro una decisione, per cui un elettore sia stato cancellato dalla lista, ha un effetto sospensivo ».

« I ricorsi contro le decisioni del Consiglio comunale che vertino sulla capacità legale di un « cittadino od estero elettore od eleggibile, *debbono esser portati direttamente alla Corte di « appello* ».

La giurisprudenza ha confermata questa massima (sentenza della Corte di Napoli, 3 novembre 1865, in causa Lazzaro-Pepe; Corte di Casale, 4 dicembre 1866, BETTINI, vol. XVIII, part. II, col. 633).

GIUNTA V.

Sugli articoli 132, 134, 135.

L'atto formale di citazione, secondo l'articolo 53 del cessato Codice di procedura del 1859, *constava di due parti*. La prima parte veniva dalla legge attribuita all'*attore*, ed era sottoscritta da lui, ovvero dal suo procuratore o mandatario; e si diceva *opera dello stesso attore*. La seconda era attribuita all'usciere, e si diceva *opera sua*, e da lui era sottoscritta.

L'atto di citazione nel novello Codice serba gli stessi requisiti, gli stessi caratteri costitutivi, non essendo punto arbitrarii e mutabili; ma *nel rispetto della funzione* sembra avvenuto un cangiamento. Dice l'articolo 132 che *le citazioni si fanno col ministero dell'usciere;* più non si domanda *la sottoscrizione dell'attore o del suo procuratore*, ma quella ed unica dell'usciere, *l'atto è sottoscritto dall'usciere* (articolo 135).

Queste novità del Codice suscitarono il dubbio, se non avesse voluto la legge affidare allo stesso usciere la redazione dell'atto di citazione, sicchè quella che nel passato Codice dicevasi opera divisa dell'attore e dell'usciere, ora non dovesse dirsi intieramente *opera dell'usciere*. In qualche provincia questa classe di funzionarii, che ha il sentimento della maggiore importanza acquistata colla nuova procedura, parve reclamare a sè la redazione dell'atto di citazione come sua propria funzione e diritto; onde venne ad urtare con quella superiore dei cansidici, maravigliati di quella ch'essi dicevano arrogauza degli uscieri, che a ciò non avrebbero nè attitudine nè vocazione legittima (1).

L'atto di citazione che secondo la legislazione precedente appariva in due parti diviso, ora si considera *atto unico:* questo è certo. È così certo che alla prima parte dell'atto, che la legge stessa determinava, si esigeva la soscrizione dell'attore o del suo rappresentante legale; ed ora a tutto l'atto basta quella dell'usciere.

Una ragione vi dev'essere di questo cangiamento, qualche conseguenza dovrà dedursene. La conseguenza è che tutto l'atto, *quanto alla forma*, rimane sotto la responsabilità dell'usciere. Se l'atto di citazione manca *della indicazione dell'autorità giudiziaria, del nome e cognome delle parti, del termine*, ecc., sicchè l'atto cada in nullità, se un uffiziale pubblico deve risponderne, secondo l'articolo 59, questo uffiziale è l'usciere. E chi mai lo sarebbe fuori di lui?

Decisamente la responsabilità dell'usciere si è aumentata colla nuova legge, quindi una corrispondente ampliazione di attributi. Egli rimaneva completamente estraneo alla prima parte della citazione sottoscritta dall'attore o dal suo procuratore. L'ufficio dell'usciere si restringeva a quello della notificazione, che è veramente la parte sua. E di questa sola era tenuto responsabile; l'altra egli riceveva passivamente dalle mani dell'attore.

Ne segue forse che l'usciere abbia dalla legge l'incarico, il mandato, di rediger l'atto di citazione, o la facoltà della redazione gli derivi dalla sua stessa funzione e dalla responsabilità che pesa sopra di lui?

Dopochè la legge si è dato il pensiero di descrivere un atto di procedura, e che l'ufficio

(1) I gravi dispareri che ne sorsero nelle provincie lombarde sono attestati da una monografia dell'illustre avvocato GIULIO CESARE SONZOGNO (Milano-Firenze, l'editore Edoardo Sonzogno, 1866), che, con quella forza d'analisi che gli è propria, respinse le pretensioni degli uscieri.

e lo scopo di esso è chiaramente determinato, la sua idealità analitica appartiene alla ragione, alla critica; e il legislatore stesso non potrebbe dettare una nozione diversa da quella che fosse propria della natura dell'atto. La citazione ha un carattere complesso, moltiplice, e per parlare l'antico linguaggio, *consta di più parti*. Vi hanno *forme estrinseche* dalle quali dipende la sua materiale esistenza; vi ha una parte che può ben chiamarsi *sostanziale*, ed è quella in cui si propone e si formola il diritto dell'azione; si espongono le ragioni, si enunciano le prove, si descrive l'oggetto della lite. L'ufficiale esecutore non può dalla sua propria funzione derivare nè la scienza, nè la volontà, nè la ragione di diritto, nè il sistema d'attacco, nè la previdenza delle obbiezioni che più o meno espressamente sono contenuti nel corpo della citazione.

La divisione adunque, profonda, indelebile, è nella natura dell'atto. La legge non esprime più questa parte essere opera dell'*attore:* che importa! Essa è dell'attore o del suo difensore, che è tutt'uno. L'usciere non può pretendervi; l'usciere continua a rimanervi estraneo; se alcuno usciere se ne arroga la redazione, e si dice che è una profanazione, non si dice male. Io metto da parte la questione della capacità; non si offende l'intelligenza di veruno quando si dice ch'essa si reputa proporzionata alla funzione che devo esercitare. L'usciere, come tale, non può gareggiare di scienza e d'arte coll'avvocato nel difender le cause; egli non può tenersene umiliato, e deve riporre la sua ambizione nel bene adempiere l'ufficio suo, già molto importante. Egli dunque riceve la citazione com'è, con tutta l'esposizione giuridica che vi è contenuta, nè vi può aggiunger verbo, nè introdurvi variazione di sorta, perchè parole e frasi e formule corrispondono al concetto, allo spirito, allo scopo della difesa.

L'usciere non potrebbe togliere argomento dal capoverso dell'articolo 87 del Regolamento giudiziario (11 dicembre 1865). La parte *richiedente la citazione*, deve fornirgli le nozioni necessarie; l'usciere può volerle *in iscritto e con firma della parte* (1). Sia. La parte *richiede la citazione* quando dice all'usciere: stendetemi quest'atto (2). Ma procedendo si scorge che l'argomento non giova, ma nuoce. L'usciere incaricato di stendere la citazione deve avere in mano la giustificazione del fatto suo. Non solo dev'essere fornito delle opportune nozioni, ma gli conviene la prova che quella fu in effetto la intenzione dell'attore, e ch'egli non ha fatto che darvi adempimento. Ma se l'atto gli si consegna intiero e compiuto, da quella parte in fuori che all'ufficio suo esclusivamente appartiene, non è soddisfatto ancor meglio il voto della legge, salvo ch'egli non desideri anche la firma dell'attore a maggiore sua cautela?

L'usciere in questo come negli altri atti nei quali eseguisce e manda ad effetto la volontà delle parti, egli riveste due qualità: egli è il *mandatario legale* per tutto quanto spetta all'oggetto della esecuzione; è l'*ufficiale pubblico* relativamente alla funzione. Nella prima qualità egli non risponde se non della conformità della esecuzione col mandato, ossia colla mente e volontà dell'attore; nella seconda egli è libero e responsabile del proprio modo di agire. La parte è padrona della propria volontà, ed *anche della espressione di questa sua volontà*, perchè la espressione del pensiero è una forma dello stesso pensiero. L'usciere ha ben diritto di leggerlo questo atto che deve eseguire; ma non può respingerlo nè proporre modificazioni, ove non sia o immorale o illegale, *in guisa che ne sia impegnata la sua propria responsabilità* (3).

Tirate queste linee, è manifesto che l'usciere che ha la missione legale di autenticare tutto l'atto colla sola sua firma può inoltrarsi sin dove arriva la responsabilità sua, cioè può rivedere la *parte estrinseca della citazione*, comunque consegnatagli dall'attore o dal suo difensore; e ciò entra nella sua funzione.

Ma su questo suolo germoglia facilmente l'equivoco, nè si è ancora finito di distinguere. Si consegna all'usciere una citazione, e fu dimenticato d'indicare il tribunale, d'indicare il termine, tralasciato il cognome di un litigante, omessa qualche altra formalità estrinseca essenziale, com'ebbi a notare di sopra. L'usciere non deve notificare l'atto informe, ma proporre le sue correzioni, interpellando la parte o il suo procuratore: così da questo lato il suo diritto di revisione torna evidente.

(1) È quel benedetto voler troppo che è uno dei vizi della nostra procedura! Ne ho visto altre cui mancavano simili cautele, e si camminava senza alcuna difficoltà.

(2) L'usciere stesso può redigere l'atto di citazione, se la parte glie commette: in tal caso opera qual *mandatario volontario, non necessario*, come veniamo a dire.

(3) Si deve notificare, per esempio, *la dichiarazione di un terzo sequestratario*. L'atto che contiene la dichiarazione è consegnato all'usciere. Pretende egli forse d'impadronirsene e raffazzonare la dichiarazione a grado suo? Altrettanto, e più, deve dirsi della citazione sostanziale.

Ma riempite che siano le formalità estrinseche, se ciò che all'usciere sembra un errore non abbia il carattere della evidenza materiale, non può levarsi a sindacarlo. Non ispetta a lui il giudicare dell'azione, dell'autorità giudiziaria che deve invocarsi, della ragione stessa del termine che il procuratore ha calcolato nelle speciali sue viste. Con rette intenzioni e col sentimento del dovere, non offuscato dal lievito dei piccoli dispetti, s'intende facilmente (1).

È valido l'atto di citazione, benchè non abbia che una sola firma dell'usciere dopo l'attestato di notificazione.

Questa massima è stata confermata da più decisioni. Ricordo quella del tribunale di Firenze (26 febbraio 1865, Legge 1867, n° 31), e la recentissima della Cassazione di Firenze, 25 febbraio 1867 (Legge 1867, n° 37).

Fu bene osservato dal valente redattore di quel Giornale che la questione nacque « dal « tenore incongruo della legge, la quale parla della citazione e della notificazione come di « due atti separati, e dall'articolo 135 che usa la parola *copia*..., quando invece non si tratta « che di esemplare dell'atto stesso contenente la citazione, ed in calce la dichiarazione di « essere stato notificato ». Bisogna convenire, il dubbio era fondato nelle oscitanze della legge. È noto che fu necessario provvedere col Decreto 6 dicembre 1865 ad una seria dimenticanza intorno all'atto di notificazione, e così integrare poco costituzionalmente una legge con una emanazione del Potere esecutivo. Laonde l'unità del dettato legislativo ne fu scissa ancora di più. L'articolo 134 in sostanza parlava dell'*originale* della citazione, che senza l'atto di notificazione non esiste; e diceva che quest'*originale* dev'esser sottoscritto dall'usciere. Se la disposizione fosse stata raccolta come si doveva nell'articolo 134, se non si fosse dovuto chiedere in sussidio il Potere esecutivo per integrarla, si sarebbe veduto che la *sottoscrizione* dell'usciere era complementare di un atto che non poteva considerarsi che unico, la *citazione notificata*. Si sarebbe veduto insomma *che non occorrerano due sottoscrizioni* (2). Chiaro è poi dall'articolo 145 che anche *la copia dev'esser sottoscritta dall'usciere:* e vale dire che essa non è che un secondo esemplare al tutto conforme al primo.

Qual metodo dovrà tenersi se la citazione abbia a notificarsi da diversi uscieri in separate giurisdizioni?

Potrebbe farsi *un solo originale* che passando di mano in mano agli uscieri degli altri distretti, porterebbe la firma di ciascuno di essi dopo l'atto rispettivo di notificazione. O più originali potrebbero farsi; ogni originale è firmato dall'usciere notificante che firma ugualmente la copia; e questo basta. Così soleva farsi in varii dei nostri fori, e senza inconveniente. Questo sistema si collega con ciò che si è detto superiormente, che il corpo della citazione è opera dell'attore; altrimenti ogni usciere vorrebbe porvi il becco, scusate la frase; egli non è domino che del proprio atto, che è quello della notificazione.

GIUNTA VI

all'articolo 190.

Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato: ancorchè il comparente non abbia altro scopo che fare annullare la citazione, e si circondi di riserve e cautele. Peraltro *il contumace può nel giudizio di opposizione* o *di appello impugnare per nul-*

(1) Quanto al *diritto delle copie*, il mio parere è favorevole agli uscieri, non potendo nascer dubbio sulla chiara disposizione dell'articolo 265 della tariffa. È un emolumento che l'usciere, così sottilmente trattato, non deve perdere, quand'anche la copia si facesse nello studio del procuratore. In massima l'usciere ha diritto di portare alla carta legale la minuta che gli viene dalla parte, l'atto essendo veramente suo dal lato estrinseco.

(2) A qual pro difatti sottoscrivere la parte anteriore alla *notificazione?* Rapporto all'usciere, quella sottoscrizione saria posta, u così dire, nel vuoto; mentre la firma di lui, essenziale come prova della eseguita notificazione, che avrebbe provato prima di essa? Qual nome si sarebbe dato a quella carta da lui sottoscritta a mezzo? Domando ancora perchè quella doppia sottoscrizione?

Digitized by Google

lità la citazione che precedette la sentenza contumaciale: così l'articolo suddetto, nel secondo periodo. Ad illustrazione viene opportuna la decisione della Corte di cassazione di Torino, del 5 aprile 1866 (*Monitore dei Tribunali*, 1866, n° 17) (1).

B. appellò da sentenza contraria, citando in appello *A.*, *C.* ed *R.* Il primo solo comparve costituendo il suo procuratore. La Corte con sentenza dichiarò la contumacia di *C.* ed *R.*, riunì la causa a quella di *A.*, rinviò la discussione del merito ad altra udienza, avvisando le parti che si sarebbe provveduto per tutti con una sola sentenza, che non sarebbe soggetta ad opposizione; ordinò la notificazione della sentenza contumaciale; tutto questo prescriveva l'articolo 228 di quella procedura (2).

In seguito alla notificazione *R.* comparve e fece opposizione alla sentenza, dicendola nulla perchè fondata in una citazione irregolare e nulla, quale fu quella colla quale s'introdusse l'appello.

La Corte suprema, colla sentenza che respinse la eccezione, stanziò questa massima: « Quando dopo una citazione non seguita da comparizione se ne opera una seconda, oppure « si fa la notificazione di una sentenza di contumacia e di unione della causa del contumace « con quelle di uno o più comparsi, notificazione che equivale a nuova citazione, la compari- « zione, in dipendenza di questa nuova citazione o notificazione, potrà bensì far ritenere sa- « nati i vizi di cui fossero infetti questi due atti (3), *ma sarà sempre inefficace a coprire la « nullità della citazione precedente* ».

Nulla di più giusto. Se il comparso ha diritto di opporre i vizi di una citazione anteriore, non sanati, ovvero l'ignoranza e quindi l'inesistenza di una citazione che a lui mai non pervenne, il contumace deve dunque ammettersi a fare opposizione, e il giudizio di appello in tal caso manca di fondamento.

Se questa condizione di cose si verifica nel primo giudizio, il condannato in contumacia può appellare, e in grado di appello domandare la nullità di tutto il processo. Ma in grado di appello gli è assai giovevole fare opposizione ove gli competa, più non restandogli appresso che il rimedio straordinario della cassazione.

GIUNTA VII

all'articolo 156, capoverso 1 e 2.

Dicendosi nel secondo capoverso di quell'articolo che « davanti i pretori e i conciliatori le « parti possono comparire personalmente, o *per mezzo di persona munita di mandato gene- « rale* o *speciale per ciascun giudizio* », si è sollevato il dubbio se possa dirsi *mandato generale* quello che non sarebbe generale che alle liti, mentre, secondo la nozione del Codice civile (articolo 1741), mandato generale è quello che comprende *tutti gli affari del mandante.*

Le parole usate dalla legge, nel mio modo di vedere, equivalgono a queste altre, *munito di mandato generale alle liti, o per questa lite soltanto.* Vi è della improprietà nella dizione *per ciascun giudizio:* tuttavia il senso è chiaro, e non può credersi che la legge di procedura abbia voluto parlare del mandato generale *ad negotia;* come di mandato *ad lites* non si occupa l'articolo 1740 del Codice civile.

(1) Questa sentenza ha rapporto coll'articolo 253 del Codice di procedura albertino del 1859, identico su questo punto.
(2) A questa disposizione corrisponde l'articolo 385, comma 2° dell'attuale.
(3) Cioè, o la seconda citazione o l'atto di notificazione della sentenza.

Digitized by Google

GIUNTA VIII.

Del procedimento formale e sommario, e degli incidenti.

I.

Hic labor; e parmi che fatichiamo molto ad intenderci su questo benedetto metodo di trattare le cause, in ispecie quando la materia si carica d'incidenti a fare più laboriosa la digestione. Se gli studii e le dotte dissertazioni fatte su questo tema, e le frequenti applicazioni della giurisprudenza non hanno ancora dissipato i dubbii su ciò che vi ha di più vitale nella formazione dei processi, può chiamarsi sventura, o il male deve giacere nella stessa legge. La non lieta esperienza m'impone il dovere di riprendere l'esame di questa parte della procedura, e domando il permesso di estendermi alquanto, abbracciando il soggetto in un discorso complesso.

Della teoria dei procedimenti la Relazione ministeriale ragiona in questo modo: « Secondo il Codice, le specie del procedimento sono nettamente due, il formale e il sommario; nè sarà mestieri avvertire che formale è quel procedimento in cui si osservano le formalità, i termini, le prescrizioni tutte stabilite come normali; e che è sommario quello « in cui le formalità sono minori, i termini più brevi, le prescrizioni meno assolute. Dal che « apparisce senz'altro, come almeno secondo il sistema del Codice (1), il procedimento formale è la regola, e il procedimento sommario è la eccezione: onde, pur mancando disposizione espressa, converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme « dell'ordinario, non viceversa (Relazione ministeriale ». — *V.* pag. 17 di questo volume).

Checchessia di questa nozione, sulla quale mi rifarò un po' più avanti, è d'uopo rammentare una suddivisione che è nello stesso Codice. Vi hanno alcuni magistrati avanti i quali non si usa che una sola specie di procedimento, il sommario. Tali sono il conciliatore e il pretore. Avanti i magistrati maggiori, il procedimento è biforme; vi ha il formale e vi ha il sommario; ma non ad un modo. Il formale avanti i tribunali civili e le Corti d'appello si pronuncia identico: non diverso è il meccanismo avanti il tribunale di commercio; ma tutti i termini si accorciano (articolo 398); alcune forme di rito sono più semplici (2).

Nel loro tessuto organico la differenza sostanziale dei due metodi processali consiste in ciò, che la istruzione nel processo formale ha un termine fissato, termine che lascia un intervallo, che si direbbe libero, fra la comparsa conclusionale, con cui si chiude la istruzione, e la udienza, ove le ragioni che hanno il loro appoggio nel processo scritto si svolgono oralmente. Il procedimento sommario è principalmente orale, e viene a far ressa, per così esprimermi, o gravita all'udienza medesima (3).

La ragione del diverso metodo è sempre riposta nella qualità dell'affare che viene in contesa. Quelli che si recano alla giurisdizione minore dei giudici singolari, sono ritenuti o meno gravi o più urgenti: e quindi sfuggono ai più lenti moti del procedimento formale. Non è veramente che il procedimento sommario *sia proprio dei conciliatori e dei pretori*, come si dice nella Relazione; meglio il Codice scrive, che tale metodo *si osserva* avanti quei giudici, così richiedendo le qualità degli affari che ivi si trattano. Ma avanti i tribunali e le Corti d'appello vi hanno affari più ponderosi; e ne ha dei più facili, spigliati, da deci-

(1) Quasichè razionalmente non fosse incontestabile, e difatti non lo è.

(2) Il regolamento romano aveva questa nozione, applicabile a tutti i Codici: « Nella procedura sommaria « le parti sono dispensate da alcuna delle forme e regole e da alcuno degli atti e termini che si osservano nelle cause ordinarie (§ 510).

(3) Abbiamo un *ruolo* che può chiamarsi di *chiusura*, che nel formale pone termine alla istruzione scritta e documentale (articoli 174, 175) e un *ruolo di spedizione* (articolo 390), che è semplicemente la indicazione degli affari che si trattano alla udienza in giorno determinato, e dell'ordine della trattazione.

dersi prontamente per non commettere un'ingiustizia, giacchè *il buon uso del tempo è un elemento ben sostanziale di giustizia.*

Il procedimento ordinario (1), formale e il sommario non sono che diversi modi di distribuire il tempo giuridico, e pur sempre ad un fine di giustizia. Il tempo che s'interpone nel giudizio ordinario è guarentigia di studio e di maturità; scorre più rapido nel sommario, perchè in quei casi una giustizia ritardata sarebbe meno completa.

La relazione dell'illustre Ministro ci avvertiva che il procedimento *formale* deve considerarsi normale; *eccezionale* essere il sommario; per conseguente ogni giudizio è formale, eccettuati i casi dichiarati dalla legge, che si trovano riuniti nella formula dell'art. 389.

Era desiderabile una costruzione diversa di questa legge, destinata a indicare le materie del processo sommario. L'articolo 389 non è abbastanza esteso; può produrre degli equivoci; è empirico oltre il bisogno. Di *titolo legale*, al quale sia applicabile il processo sommario, non abbiamo che un solo: *le domande per provvedimenti conservatorii e interinali.* Specie di pleonasmo; imperocchè avendo il presidente autorità e dovere di accordare il sommario e di fissare la udienza nei casi che richiedono celerità, anche questa facoltà vi è compresa, e certamente in prima linea. Ma si lasci di questo: si potrà rispondere che in tal caso è tolto ogni arbitrio al presidente: e sia. Ma il numero 2° dell'articolo può far equivoco: mentre dicendosi che *le cause in appello dalle sentenze dei pretori* si trattano col metodo sommario, si potrebbe dubitare che ogni altra causa in appello dovesse trattarsi col metodo ordinario; il che non è, come vedremo. Finalmente vi è dell'empirico, ossia della soverchia arbitrarietà non regolata da legge, nell'autorità illimitata attribuita al presidente nel n° 3; quasichè manchi ogni principio fermo per classificare i giudizi sommarii.

Invero potrebbe aversi un utile riscontro nell'articolo 363, in cui sono posti con esattezza i caratteri di quelle sentenze, *delle quali si può ordinare la esecuzione provvisoria.* Ivi si può raccogliere con quale spirito la legge giudichi la questione delle celerità. Tuttavia, non essendo fra loro visibilmente connesse codeste disposizioni, e in effetto non corrispondendo in ogni parte il risultato, la guida non sarebbe sicura. Havvi, per esempio, che, *se la domanda è fondata su titolo autentico*, o *scrittura privata riconosciuta*, o *sentenza passata in giudicato*, può la sentenza, che l'accoglie per ordine del magistrato, eseguirsi *provvisoriamente;* ma non è sempre sommario il processo col quale si discutono tali domande (2).

Questa parte, bisogna convenire, manca di sufficiente generalità; quindi è che in infiniti luoghi del Codice, specialmente in materia di esecuzione, è stato mestieri determinare volta per volta l'ordinamento sommario.

Io non esito a dire esser cagione non ultima per cui questa parte della legislazione apparve sì confusa specialmente a popoli nuovi. Dubito che non abbia contribuito alla chiarezza quel principio additato nella Relazione che il procedimento sommario *è eccezionale*, onde la pendenza legittima verso il procedimento formale. Eccezionale, perchè? Perchè daremo prevalenza al metodo più lento, complicato, spendioso in grazia della maturità, sopra il più semplice e facile in grazia della celerità? Non so se l'avvenire appartenga al primo di codesti metodi. Io ne dubito. Checchessia: nulla di meno arbitrario delle formalità giudiziarie; esse devono corrisponder alla natura delle cose e al proprio fine essenziale.

II.

Premesse queste generalità, esaminiamo la questione *se la qualità del procedimento, che supponiamo conforme alla natura dell'affare, osservato in prima istanza, continui dello stesso modo anche in appello.*

Io credo di dover dare al quesito una risposta generale, e perciò prescindo al momento

(1) Io non so perchè non sia stato ritenuto questo vocabolo, che a noi, Romani, parve classico in relazione a quello di *sommario*, appunto perchè nel processo di questo nome, in breve o quasi *summatim*, si condensano le modalità del giudizio. Se questo, come vuole la Relazione, sia *eccezionale*, tanto più competerebbe al primo il titolo di *ordinario*. *Formale* ci dà la idea di un maggior culto della forma; ma l'antitesi sembra meno speciale.

(2) L'articolo 558 del Regolamento romano (che io ho citato più volte con onore, poichè in molte parti avrebbe fornito ottimi esempi) descriveva in dodici numeri, con maravigliosa precisione, i titoli per cui sono sommarii i giudizi, fra i quali *le dimande incidenti in qualunque giudizio;* nè mai vidi pratica meglio accertata quanto quella della distinzione dei procedimenti.

del considerarlo sotto l'aspetto di una domanda incidentale, il che produce una certa complicazione e difficoltà maggiore. Prescindo ancora dalle dubitazioni di alcuni tribunali o Corti che non hanno fatto certamente progredire la scienza su questo punto, ed espongo la mia opinione più direttamente di quello che mi abbia fatto nel commento.

Non si trova per tutto il Codice una disposizione che faccia dipendere la forma del processo *dal grado in cui si trova la istanza* (1). Invece esistono altre regole e principii che comprovano, almeno in massima, salve le limitazioni che veniamo a indicare, il procedimento d'appello conformarsi a quello osservato nel primo giudizio.

Prima regola: che il sistema formale o sommario del processo è determinato dalla natura dell'affare, come sopra io notava. *Seconda:* che la causa d'appello non è a tutto rigore che una prosecuzione della prima, o, in altri termini, uno svolgimento, un'ampliazione ed un rinovellato esame del tema posto nella citazione introduttiva, che continua sempre ad esser la base di tutto il giudizio.

La prima proposizione è stata abbastanza dimostrata superiormente, e non fa mestieri di altre parole. La seconda è pure notoria. È per questo che abbiamo un solo appello; perchè si reputa *uno* il giudizio affidato a duplice esame di giudici diversi per la migliore conoscenza della verità. Per questo le conclusioni della parte attrice, deliberate nel primo giudizio, circoscrivono l'orbita della cognizione eziandio nel secondo. Per questo, dato alle prove, alle difese, alle eccezioni il maggiore sviluppo, non si ammettono in appello domande nuove nè intervenzioni non strettamente necessarie.

Se la legge tace, la ragione dice altamente che il procedimento che si trovò congruo al primo giudizio, perchè coerente alle vedute del Codice, e ritenuto proprio della natura dell'affare, continua la naturale sua evoluzione nel secondo grado. È già stabilito che avanti le Corti d'appello (e quindi non meno avanti i tribunali sentenzianti in secondo grado) amendue i procedimenti possono aver luogo. Non si saprebbe difatti quale influenza potesse avere la diversa sede in cui viene a discutersi la medesima controversia; e per certo fu erroneo il criterio del regolamento romano, che parve ravvisare nel giudizio d'appello una maggiore gravità per ciò solo che il secondo giudicato ha nei suoi effetti maggiore importanza del primo, essendo più autorevole. Omai questa massima parmi delle meno contrastate, e senza dubbio è delle più evidenti.

Limitazioni.

Abbiamo peraltro due articoli nel Codice, esaminati a suo luogo, il 391 e il 413, che tornano opportuni. Il primo abilita il tribunale o la Corte ad ordinare che il giudizio cominciato con procedimento sommario *sia proseguito in via formale, se così richiedano la natura o le particolari circostanze della causa.* L'articolo 413, pressochè negli stessi termini, conferisce la stessa facoltà ai tribunali di commercio. Questo è notevole: 1° Perchè si dimostra che l'adozione di un modo di processo, quantunque si possa variare in corso di giudizio, non fa cadere in nullità gli atti condotti con una maniera di processo che non era naturale alla qualità della causa; 2° Perchè, sebbene non vi sia in tal caso commiatoria di nullità, scorgesi però chiaramente essere nello spirito della legge che il procedimento sia quale la natura stessa della causa desidera.

Il primo argomento verrà in acconcio nel numero seguente; intanto il secondo rileva, che il procedimento in appello non può non seguire l'ordine dell'anteriore, e quasi direi identificarsi in esso, ove sia stato osservato quello che si doveva. Così la limitazione addnce la più decisa conferma del principio dell'*unità processuale* che noi adottiamo.

Ma se non si fosse tenuto il processo in relazione alla qualità dell'affare, dovrebbe nonostante seguirsi lo stesso metodo in appello solo perchè fu quello del primo giudizio?

La teoria dell'identità processuale nei due gradi non può essere fondata che in una base di ragione, perchè non vi è alcuna teoria al mondo che professi l'autorità e la persistenza dell'errore. E già ne siamo ammoniti dai citati articoli 391 e 413, che ci dànno l'esempio della mutazione del processo in corso di causa. Egli è bensì vero che trovasi indicato il passaggio dal *sommario* al *formale*, e non viceversa. È il caso più comune. L'attore, in cui balla sta per solito l'adozione della forma di procedere, sente sempre più vivamente l'interesse della celerità che quello della maturità: ogni attore preferisce, quando può, la pron-

(1) Secondo il Regolamento romano, tutte le cause in appello si trattavano col metodo *ordinario*, il che produceva lungherie enormi, ed era uno de' suoi maggiori vizi.

Digitized by Google

tezza del metodo sommario; per l'opposto si direbbe che la lentezza del formale è nella predilezione dei convenuti, che amano misurarsi a colpi meno rapidi, ed a sprigionare con maggior comodo i loro mezzi di difesa. Ma checchessia, non dubito punto di asserire, che quella facoltà che hanno i giudici di ordinare il procedimento formale a correzione del sommario, se questo fu iniziato contrariamente alla qualità dell'affare, può da essi esercitarsi in senso inverso, se così vuole la ragione delle cose.

I due citati articoli accennano *a particolari circostanze della causa.* In realtà nel corso di essa, nello sviluppo delle prove, la causa può presentarsi più o meno bisognevole di serio e maturo esame, o apparire più semplice e facile di quanto si ravvisò nel primo tratto, e in qualche modo cangiar d'aspetto. Fingiamo: che introdotta una lite per titolo di corrisposte d'affitto in forza di un atto pubblico, il presidente del tribunale, persuaso che la causa meriti di essere trattata col metodo sommario, autorizzi la citazione a udienza determinata. Ma il convenuto sostiene che, lungi dall'essere un conduttore, egli è invece il proprietario del fondo, producendo documenti dai quali, nell'intenzione sua, apparisce ch'egli, dopo la scrittura di locazione, acquistò il fondo da chi n'era proprietario legittimo, laddove il suo avversario locando il fondo simulò una qualità che non aveva; al che l'attore rispondo con altre deduzioni e documenti, onde la controversia assume una gravità inaspettata. Per le quali *circostanze della causa* il tribunale trova utile allo sviluppo della causa che si proceda col metodo formale. Il passaggio dal formale al sommario già dissi essere evento meno comune; tuttavia è possibile. È meno comune, perchè se l'attore ha prescelto, così portando la gravità dell'azione intentata, se ha prescelto, io diceva, il procedimento formale, certo non vorrà il convenuto privarsi di questo vantaggio; nè da lui dipende, io credo, di far cangiare quest'ordine, provando e riprovando che le sue eccezioni sono perentorie e alla maggior evidenza dimostrate. Se mai potesse alterarsi l'ordine iniziale del giudizio per far luogo all'abbandono del processo formale e passare al sommario, ciò non sarebbe se non ad istanza dello stesso attore, il quale prende a mostrare *che le circostanze della causa sono cangiate.* Un esempio in proposito è questo. L'attore domandava crediti che difficilmente avrebbe potuto provare con scritture e testimonii: il giudizio era istituito col metodo formale. Ma l'avversario si presenta ed emette una confessione giudiziale limpida e incondizionata. Visto ciò, cessava la ragione di quella forma lenta e solenne; si poteva andar per le brevi: al riassumer della causa l'attore fa fissare l'udienza dal presidente, o il procedimento diviene sommario. E perchè questo? Perchè, quantunque si dica che *il procedimento formale è ordinario* e *il sommario non è che eccezionale*, contuttociò una illimitata facoltà è attribuita ai presidenti di adottare quest'ultimo per una estimazione *di circostanze* rimessa al loro arbitrio; ed all'incontro non è dubbio, come si è dimostrato, potersi dal tribunale, a più maturo esame, ordinarsi la prosecuzione del giudizio col metodo formale.

Appresso il lungo discorso, i seguenti corollarii possono istituirsi:

1° *Che nella vista generale della legge la diversità dei procedimenti ha la sua ragione nella qualità dell'azione e del negozio che viene a portarsi alla cognizione giudiziale;*

2° *Che lo stesso subbietto portandosi all'appello, a continuazione del primo giudizio, è logico il mantenere la stessa forma processuale, eccettochè quella che si è tenuta non si trovasse irregolare;*

3° *Che questa parte del rito intende alla comodità, alla utilità delle discussioni giudiziarie alla quale si subordina la regola stessa da cui muove: è variabile per circostanze, la cui valutazione è affidata alla rettitudine e al buon senso dei magistrati* (1).

(1) In quel benemerito giornale giudiziario, che si stampa a Milano col titolo di *Monitore dei Tribunali* (anno VIII, n° 11, pag. 242), incontro una nota alla quale, per non interrompere il discorso teorico, rispondo con altra nota. Si domanda *se gli appelli dalle sentenze rese in giudizio di spropriazione e aradunazione abbiano ad introdursi col procedimento formale o col sommario.* Indi si osserva che la giurisprudenza e anche le opinioni degli scrittori variano su questo punto.

Il dubbio è sostenuto, a quanto parmi, da che l'articolo 573 pone in massima generale — *che nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario;* — laddove agli articoli 703 e 725 si trova che l'appello s'introduce con citazione a termine, non fissato dal presidente, ma stabilito dalla legge con una portata abbastanza estesa per adombrare un procedimento formale.

Io ritengo il processo sommario anche in appello. La legge stessa prefigge il termine per comparire, modificando la regola generale posta nell'articolo 155 — *che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa.* — Questo *accidens* nella forma del termine, a mio credere, non altera sostanzialmente l'assetto del procedimento sommario; è un *gius singulare*, onde si ottiene maggiore uniformità nell'appello in fatto di giudizi esecutivi, congiunta ad una certa comodità; il qual termine però, in circostanze urgenti, può subire l'abbreviazione permessa dall'articolo 154.

Prego per altro di non isolare queste proposizioni da ciò che sono per dire a spiegazione nei paragrafi seguenti.

III.

Se la osservanza del procedimento formale o sommario sia di rigore, o non dipenda anche dal fatto e volontà delle parti.

Il dubbio sollevato in questi ultimi tempi, o variamente risolto, come toccherò più avanti, non potrebbe ragionevolmente eccitarsi se la illegale prevalenza si fosse data al *procedimento formale* sopra il *sommario* che avrebbe dovuto osservarsi. Lasciando stare se il procedimento formale sia da considerarsi ordinario e regolare, ed eccezionale il procedimento sommario (1), è indubitato che il primo, nella sua maggiore ampiezza, porge più estese guarentigie ai contendenti. Ora, perchè mai si vorrebbe annullare il processo? Quale motivo d'ordine generale si potrebbe allegare; quale sarebbe l'interesse della legge da rivendicare con una dichiarazione di nullità? Io sento quanto importi al governo delle contenzioni giudiziali la inviolabilità del rito, sul quale argomento gravissimo ho esposte all'occasione le mie piccole vedute, e qualche altra cosa aggiungerò più avanti, essendo tale materia che non si può dir troppo. In molti casi la legge tutela i litiganti dalla propria inconsideratezza, e modera i pregiudizi che potrebbero derivarne; ma sarebbe assurdo che quando essi, d'accordo, si giovarono di quelle maggiori garanzie che la giustizia desidera nei casi più gravi, il processo così condotto dovesse annullarsi onde respingere le parti per amore di brevità a quei metodi compendiosi che sono ordinati nell'interesse economico più presto che in quello della giustizia.

La ragione del decidere non sarebbe del pari manifesta nel caso inverso, intendo del transito irregolare *dal procedimento formale al sommario.*

Ciò conduce ad osservazioni più generali. La questione è vivace di attualità, perchè la legge ha avuto il torto di non spiegarsi chiaramente, e quindi si è costretti d'invocare la soluzione del dubbio dalla ragione. Non è a maravigliare se le opinioni non suonano concordi.

La Corte d'appello di Milano, in una sentenza del 1° agosto 1866 (*Monitore dei Tribunali*, anno VII, n° 36 e 37, pag. 856), parve professare, essere rilevabile anche d'ufficio la nullità di un procedimento istituito in modo diverso da quello che la legge prescrive, comechè senza opposizione o col consenso dell'altra parte. Ma è d'uopo avvicinarsi alla specie di fatto.

Nel 1863 *T.* aveva citato *D.* per il pagamento di una somma, e la causa era stata trattata in via formale. Il convenuto proposo per incidente una prova testimoniale; incidente che fu portato a udienza fissa, e risolto con sentenza che ammise la prova. *D.* appellò da questa sentenza alla Corte di Milano. La Corte ritenne che il convenuto dovesse provvedersi in via formale, e ciò perchè non verificandosi l'incidente nella causa pendente avanti la stessa Corte d'appello; ma appartenendo al giudizio precedente, discusso in via formale, non si poteva procedere in appello che in via formale. Come ognun vede, in questa decisione si racchiude un'altra questione intorno al modo da tenersi appellando da sentenza incidentale; esame che riserbo al paragrafo seguente. Ritenuto che il metodo regolare a tenersi era il procedimento formale, la Corte disse che doveva considerarsi come nulla la citazione *a udienza fissa* che l'appellante presentava.

La introduzione di un giudizio sommario, *non autorizzato dal presidente*, poteva essere un motivo di nullità nel modo di vedere della Corte; ma parve prevalente quello da essa espresso colle seguenti parole: « Che per la riparazione della reclamata sentenza, sebbene « proferita incidentalmente, *non rimanera alla parte che di provvedersi coll'appello in via* « *formale*, a senso degli articoli 155 e 486 del Codice di procedura civile (2) ».

Posto che formale doveva essere il procedimento, la Corte discese ad un'altra considerazione, che riguarda il tema: « Considerato che *sebbene le parti abbiano concordemente re-* « *putata regolare la detta citazione*, pure, involgendo essa un vizio manifesto di procedura,

(1) Mi sono permesso di non convenire in questa distinzione, perchè la *eccezione* deve trovarsi *in eodem subjecto*, e non in uno diverso: amendue i procedimenti hanno la loro ragione di essere nella convenienza di applicare piuttosto l'uno che l'altro a distinto genere di affari.

(2) Se questo sia vero, vedremo nel seguente paragrafo.

« *era debito del giudice di farsene carico, trattandosi di legge d'ordine pubblico*, ed alla cui « osservanza deve vegliarsi d'ufficio, ecc.

Intanto altre decisioni andavano spuntando in senso opposto. La intelligente Direzione del *Monitore* ci dava nello stesso numero una sentenza del tribunale di Ariano, che farebbe onore a qualunque più elevata magistratura. Essa professò nel modo più assoluto la facoltà delle parti di procedere coll'uno o l'altro dei due metodi proposti dalla legge. Vero è che nel caso pratico trattavasi di sancire la validità di un processo formale adottato d'accordo in luogo del sommario che avrebbe dovuto applicarsi alla qualità della controversia. La Corte di Brescia andò in sentenza conforme. Intorno a questo soggetto si leggono nel *Monitore* interessanti lavori del chiarissimo avvocato SCOTTI.

In questa ricerca, se l'applicazione del procedimento indicato per una data qualità di controversie sia così rigorosamente prescritta che il consenso e il contratto giudiziale non siano sufficienti a sanare la irregolarità, non si mette in dubbio che seguendo piuttosto l'uno che l'altro metodo non siano da seguirsi le forme che a ciascuno ordinamento sono divisate. Io lo accenno perchè più avanti dovrò toccare di un'altra questione che appartiene alla singolarità della forma, del che ora non mi occupo. Io penso che sarebbe un errore predicare in questa materia *una massima assoluta*, o convertire *una questione d'interesse in una questione di principio*.

Se è vero, come credo aver dimostrato, che sarebbe cosa ripugnante alla ragione annullare un processo mantenuto con reciproca adesione delle parti in via formale, quantunque l'attore avesse potuto promuoverlo per via più spedita e più pronta, con ciò pure è genericamente dimostrato che la divisione e separazione del procedimento non è fondata nella essenza costitutiva del diritto giudiziario, come quella delle giurisdizioni. Se gli argomenti che sogliono adoperarsi per vincere le difficoltà inerenti al problema non risolvono anche l'altro del transito inverso dal formale al sommario, provano almeno che non sono ad invocarsi principii di supremo rigore.

Il legislatore ci ha condannati a queste disquisizioni per non avere pronunciato una parola ch'ei solo poteva; ma col soccorso di alcune nozioni relative, delle quali abbiam fatto cenno in altra parte di questo discorso, possiamo farci questo concetto: 1° Che in effetto la divisione delle materie è tutt'altro che contrassegnata con precisione nel Codice. Che anzi non si saprebbe quali fossero i subbietti pertinenti al procedimento formale e quali al sommario, se non fosse statuito con ampiezza illimitata: il presidente del tribunale o della Corte potere *ordinare il procedimento a udienza fissa*, quanto dire autorizzare quando e come a lui piaccia il procedimento sommario. In confronto di tanto arbitrio dove ne andrebbero i principii, le prescrizioni inviolabili, le regole di rigore? 2° L'altro argomento già enunciato è tolto dagli articoli 391 e 412 della procedura.

A che dunque si riduce la questione? Al sapere se il presidente abbia stimato bene di concedere una citazione a udienza fissa: siamo dunque perfettamente in una questione di *opportunità* e di *convenienza*. Se essa si elevasse sino alla proporzione d'una questione d'ordine pubblico, l'arbitrio di un magistrato singolare, con atto stragiudiziale, non potrebbe davvero disporne.

Ma qui si badi di non esagerare. Intanto dalla posizione della tesi scaturisce spontaneo, che le parti possono dissentire e richiamare il giudice a mantenere quella forma di procedimento che è più consona alla natura della controversia. Noi supponiamo il consenso, l'accordo di fatto: in parole anche più tecniche, noi supponiamo il *contratto giudiziale*, come respingeremmo qualunque altra statuizione *a priori*, colla quale si fosse convenuto che la controversia sarebbe trattata piuttosto coll'uno che coll'altro metodo.

Vi ha di più. Vi ha di mezzo anche l'interesse della giustizia, e di questo deve ben tenere calcolo il tribunale. Il magistrato ha in tutto questo una podestà legittima, una podestà di cui deve far uso prudente. Cito ancora come prova luminosa gli articoli 391 e 412, i quali inchiudono nello stesso tempo la dimostrazione che *gli atti già precorsi sono validi*, e solamente può il magistrato, *secondo le circostanze*, ordinare una procedura più estesa e più conforme ai bisogni o preesistenti o sopravvenuti della causa.

Io fermai essere logico che quale fu tenuto nel primo giudizio, tale debba seguirsi il procedimento in appello: ma *supposi la sua regolarità*. Se la parte che aveva un interesse contrario vi prestò adesione, quel processo non potrà annullarsi, ma la Corte d'appello potrà in tal caso ordinare la osservanza di quello che è più regolare, o le parti potranno introdurlo; e allora avrà luogo la differenza del metodo in appello.

IV.

Della natura e costituzione delle domande incidenti.

La citazione introduttiva della lite ne propone l'oggetto e chiede una decisione conforme. Ma di sovente prima di emettere la decisione definitiva conviene risolvere delle questioni subalterne, *risolte le quali*, *la causa non rimane decisa*. Sono queste le vere e proprie questioni incidenti.

Anche nella procedura, come abbiamo tante volte detto, le cose hanno la loro ragione di essere in se stesse, e non dipendono dalla forma che è la loro veste, la quale male applicata si lacera. Qualunque sia il modo della domanda, qualunque sia il modo della risoluzione, o per ordinanza o per sentenza, vi è una domanda incidente e una risoluzione incidente quando non è definitiva del giudizio, ma la precede, abbia o no colla decisione futura un rapporto diretto, come verrò spiegando.

Sogliono chiamarsi confusamente incidentali tutte le contestazioni che hanno causa e radice, e a dir così rampollano da una questione principale, e che *non implicano la decisione di essa questione principale*, talvolta perchè non sono che conseguenti dalla stessa decisione principale. Ma io credo non essere, nè potersi veramente chiamare *questioni incidentali che quelle che cadono di mezzo ad una questione principale* (incidunt), *e non hanno per oggetto immediato e diretto la risoluzione definitiva della lite.*

Questi incidenti veri e proprii sono di tre forme precipue, e possono chiamarsi: 1° *incidenti probatorii*; 2° *incidenti conservatorii*; 3° *incidenti provvisionali.*

Incidenti probatorii.

Hanno per oggetto *di aggiungere al processo elementi che dovranno influire sull'esito finale della lite.* Codesti elementi che si vogliono aggiungere sono di *cose* o di *persone;* riguardano mezzi di prova, o riguardano persone che non erano in causa e vi sono chiamate, o spontanee intervengono a far parte del giudizio. Tutto ciò spetta all'ordine della difesa; e sono appunto mezzi di difesa che s'interpongono nel processo pendente sotto forma di incidenti (1).

Incidenti conservatorii.

Se pendente la lite l'avversario osa fare innovazione violando il principio *lite pendente nihil innovandum est*, si suscita una questione incidentale affinchè le cose siano restituite nel pristino stato.

Incidenti provvisionali.

Mentre si disputa della proprietà e possesso di acque fra limitrofi e va intanto in confusione ogni cosa, si domanda in via provvisionale un regolamento onde soccorrere all'urgenza delle circostanze.

Incidenti di nullità relativi agli atti della lite, questioni subalterne d'ogni maniera che alterando alcune forme del processo, non involvono la decisione della lite.

Ma altre domande che portano questo nome non sono vere incidentali, e si distinguono in due classi: istanze che *suscitano eccezioni perentorie*, o tali almeno che tendono a far crollare o trascinare con sè l'azione intentata; ed altre che chiameremo postume, ossiano *posteriori al giudicato*, in quanto si aggirano e versano *sull'esecuzione* o *fatti esecutivi delle sentenze.*

Scorriamo alcune pagine del Codice per trovarne gli esempi. Eccone alcuni della prima specie.

a) Eccezioni d'incompetenza.

Ne troviamo indicazioni negli articoli 145, 187, 188, 189, 456, 459 (2), e possiam pensar tanti casi quante si propongono eccezioni di competenza o radicale o relativa.

b) Eccezioni di nullità.

Il Codice ne discorre in tanti luoghi (articoli 190, 195, 695, 698, 701, 707, ecc.).

c) Eccezione di perenzione (articoli 338, 339).

d) Decadimento dall'appello o *diritto di appellare* (articoli 466, 489).

Siffatte eccezioni, come ben si vede, mirano a far cadere l'azione appellatoria, ad impedire

(1) L'addizione delle persone ha pur essa lo scopo della difesa, o per sostener con maggior forza le ragioni propugnate o per giovarsene in garanzia, ecc.

(2) In alcuni dei quali articoli si parla *d'incidente di competenza*, come noteremo più avanti.

il proseguimento della lite, a troncare il giudizio. È possibile opporre tutti questi mezzi senza istanza o citazione, e niuno allora potrà restare in dubbio sulla loro natura meramente difensiva; ma in ogni modo esse battono direttamente e si direbbe, in breccia, l'azione; il loro oggetto non è di aggiungere elementarmente al processo per far emergere nuovi mezzi proficui alla difesa, o favorevoli allo sviluppo dell'azione; tendono immediatamente a far cadere il giudizio.

e) Separazione di proprietà e diritti in giudizio di spropriazione (articoli 699, 700).

Simili domande sono dette *incidentali* nell'art. 701, che non esclude altre di questo genere, e non se ne può dissentire in quanto *nascono in occasione* di una domanda principale, non si reggono per giudizio proprio, e s'intromettono in un altro che si trova già pendente. Nondimeno il *carattere definitivo* di tali domande, checchè si vada dicendo in articoli che non si rannodano punto a principii ben definiti dal Codice, il carattere definitivo, io diceva, di tali giudizi, si appalesa nel loro oggetto che è di trasportare e rivendicare parte della sostanza oppignorata, o anche di assorbirla intieramente nel diritto di proprietà.

Passiamo all'altra categoria.

Qui saremo più brevi. L'articolo 570 parla in genere di *controversie sulla esecuzione delle sentenze;* campo esteso nel quale molteplici e senza numero possono presentarsi le disputazioni; ma quantunque originate da una lite principale che è giudicata, sfuggono alla denominazione d'istanze incidentali e costituiscono infine domande proprie e sostanziali.

Quelle che l'articolo 570 appella *controversie d'esecuzione* sono per certo altra cosa dall'*esecuzione stessa* o *atti esecutivi* che vengono in conseguenza e adempimento delle sentenze, come possono venire da altri titoli esecutivi; i quali stanno come giudizi proprii che non hanno più rapporto disputabile col titolo che è la loro sorgente, e da cui discendono. Giudizi nei quali istanze subalterne, riparative, provvisionali, entrano di più maniere; ma non risalgono mai all'uffizio del presidente, e si determinano quasi sempre dal giudice locale, giusta le previsioni della legge nei singoli casi.

V.

Intorno all'applicazione del § 181 e del processo sommario.

La moderata iniziativa del presidente non potrebbe spingersi senza esagerazione a regolare istanze che, abbracciando tutta la importanza della lite, appartengono interamente ed esclusivamente al collegio giudicante.

E per una eliminazione ulteriore e non inutile a dichiararsi, faccio qui osservare che vi hanno anche tali mezzi di prova che sfuggono alla iniziativa presidenziale, *per cui il motivo di semplicità, di opportunità, di speditezza* che mosse il legislatore a quel temperamento (o non bene apprezzato o essenzialmente difettoso), non poteva ripetersi in altri casi, e questi sono, per esempio, le *istanze per verificazione di scritture;* le *querele di falso;* gli *accessi giudiziali*, di cui il collegio soltanto può conoscere la convenienza. Ecco dunque anche una categoria d'istanze, indubbiamente incidentali, sottratta all'articolo 181.

Un'altra ricerca ancora a spiegazione di questo omai celebre articolo.

Anche nei casi che vi sono inchiusi, non si producono talvolta istanze incidentali allo stesso collegio, anzichè al presidente? L'articolo 206, posto a capo nella Sezione che s'intitola *Delle prove*, scrive molto chiaramente: « Per l'ammessione di qualunque mezzo di prova devono « provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti ». Con ciò pare introdotta una grande uniformità. E tuttavia non si fa sempre, e valgano gli esempi or ora addotti di *verificazione di scritture*, ecc., quantunque sia questione di prove. Qui la limitazione dell'art. 206 è insita nel carattere obbiettivo di questo ed altri mezzi di prova, *non suscettivi di transazione*, non soggettabili alla pacifica autorità del presidente, ed essenzialmente contenziosi.

Questa limitazione fu già notata; una parola diremo dell'altra. Non è raro che nel vario atteggiarsi dei giudizi la questione della prova (testimoniale, giuratoria, ecc.), scoppii a così dire nel corso eziandio di una causa formale, e costituisca uno dei punti principali del dissenso delle parti. Si può a rigore di diritto ammettere la prova testimoniale, ostando, supponiamo, la quantità della somma o la forza contraddicente di un atto pubblico? Se tale es-

Digitized by Google

sendo la questione il tribunale s'impadronisce di questo articolo di controversia e lo decide, è ben semplice a dirsi che in simile stato di cose, non sarà luogo a riassumere la procedura preludiata dall'articolo 181.

Finalmente, quantunque le domande *per provvedimenti conservatorii e interinali* (art. 389 n° 3) siano del più perfetto ordine incidenti, tuttavolta *non sempre* sono da proporsi all'autorità presidenziale.

E con ciò non escludo che talvolta non possa o debba presentarsi la domanda al presidente, dato che la parte che promuove l'incidente *sia quella che vuole* o *deve prestare la cauzione o qualche altro fatto provvisionale*, per ottenere certi utili effetti, onde occorre adempire a certe prescrizioni, e allora si rientra nel campo delle prove (1). Del resto la *domanda provvisionale* e *interinale* abbracciando la sostanza e la ragione della lite, sfugge pur essa ad un previo esame e determinazione del presidente. Tornando un momento all'esempio addotto al precedente § 4, se in un giudizio di proprietà ed uso di acque (esempio che si può variare all'infinito) si domanda un regolamento provvisorio, ciò ha una relazione inevitabile col fondo della questione, dipende dalla cognizione dell'intero collegio; non resta nulla a vedere col signor presidente.

Riassumendo le varie osservazioni su questa materia, diremo rimanere razionalmente estranei alla disposizione dell'articolo 181.

1° Gli incidenti terminativi e d'indole perentoria; quelli, intendi, che sollevano eccezioni ammesse le quali la lite ha fine;

2° Gli incidenti che versano sulla esecuzione delle sentenze, o interessano processi esecutivi soggetti a leggi speciali;

3° Fra gli incidenti propriamente tali, sfuggire all'articolo 181 quelli che o s'intrinsecano col merito, di maniera che non hanno ragione di passare per l'organo di un giudice singolare; o non concernono che atti dell'intero collegio ch'esso soltanto può eleggere;

4° Quegli stessi incidenti di prova che, entrati nella discussione della causa come altri dei punti di contesa, furono definiti in massima dal collegio;

5° Generalmente parlando, meno qualche caso speciale nel quale l'intervento del presidente potesse tornare opportuno, gli incidenti di provvisionali o interinali risoluzioni.

Da tutti questi ragionari molto discorda l'articolo 189, il quale dice che « le questioni di « competenza e declinatoria del fôro sono proposte e giudicate *secondo le norme stabilite per* « *gli incidenti* (2).

Chi vorrà riandare le parole che io scrissi intorno a questo articolo vedrà che io non gli usai indulgenza; e davvero non ne merita. È difficile a comprendere che istanza si farà al presidente, e cosa dovrà aspettarsi da un rescritto di presidente, in una questione di competenza, specialmente per ragion di materia!

Ma giacchè quell'articolo nel Codice esiste, io penso non poterglisi dare altro senso, fuorchè *si fa destinare dal presidente la udienza nella quale la questione si tratterà al modo degli incidenti*, cioè in una forma spedita e sommaria.

E pare veramente che il precipuo scopo di quel passaggio dal presidente al tribunale (al quale ogni menoma controversia incidente finalmente ricade) sia quello di rilevarne un'autorizzazione di procedere sommariamente nell'incidente medesimo.

Con questa interpretazione noi possiamo discendere sopra un terreno ove l'intendersi, io credo, non sarà difficile.

Varie e distinte sono le funzioni attribuite al presidente negli articoli 151 e seg.; 1° ammettere la domanda incidente e ordinare la esecuzione se le parti sono d'accordo; 2° risolvere le domande urgenti con diritto di reclamo; 3° fissare l'udienza per discutere l'incidente se non vi fu accordo delle parti.

Assai limitati sono i casi, come abbiamo provato, nei quali è veramente utile e razionale il ricorrere innanzi tratto alla sua autorità; ma estesa, può dirsi illimitata, è la sua facoltà di abbreviare i termini e *di autorizzare il procedere sommario in mezzo ad un processo formale.*

(1) Una esecuzione provvisoria accordata sotto cauzione. Si deve esibire un atto di cancellazione ipotecaria onde svincolare il prezzo, oggetto della lite? Mosso l'incidente di ammissione di questo atto avanti il capo del tribunale, l'altra parte può convenirne; e l'incidente non ha seguito: ha avuto il suo effetto.

(2) Aggiungi articolo 192.

Ciò posto, in molte contingenze si ricorrerà a lui, presidente, soltanto per avere tale permesso (1); e da questo lato si manifesta la utilità di questo istituto.

In effetto, facendo ragione della pesantezza e lunghezza dei procedimenti formali, il legislatore ha veduto che avrebbe giovato *dare al capo del magistrato una facoltà per la quale si potesse imprimere un moto più pronto e accelerato a certe questioni secondarie.* Quegli egregi adunque che osservarono non aver luogo l'attributo presidenziale che nel rapporto dei *giudizi formali* dissero bene, ma forse non avvisarono che ciò venne stanziato per limitare il soverchio delle forme, e trovar via di portare le questioni subalterne a udienza fissa, *quanto dire applicare ad esse il metodo sommario.*

Vero è che istruendosi un processo sommario, l'udienza fissa è stabilita, alla quale si passerà mediante il ruolo di spedizione (articolo 390); ed allora si ha molto meno bisogno dell'articolo 181. Tuttavia può tornare utile, può servire ancora ad alcuni degli scopi per cui fu creato. Prima di proporre un interrogatorio alla discussione in pubblica udienza, senza consumare il tempo che si richiede per arrivarvi, una stragindiziale istanza al presidente può tagliar via la questione; la parte contraria interpellata ammette, ed è cosa finita. Così diremo di molti altri casi (2).

Non ripugna adunque alla natura di quell'istituto di affigliarsi ad un processo sommario, del quale invero ritiene in se stesso il più evidente carattere. E non si potrebbe infatti sottrarre alla disposizione generale dell'articolo 392.

Gli *incidenti* non sono una creazione arbitraria della legge. Se con una decisione sola potesse finirsi qualunque istanza, quale fortuna! Ma non vi ha sistema di una costruzione così semplice e di una mozione così facile che da questo arcipelago possa sfuggire. Tutto ciò che concorre alla celerità e semplicità è accettevole nei procedimenti sommarii.

Nella nuova opera periodica che si stampa a Firenze col titolo *Annali di giurisprudenza*, sotto gli auspicii di valentissimi giureconsulti, una nota a pag. 36 (anno 1857) ci avverte correre tre modi diversi d'interpretazione. Il *primo*, essere lasciato in facoltà di proporre gli incidenti alla udienza (Tribunale di Messina, 31 gennaio 1866, *La Legge*, n° 25). Il *secondo*, doversi esclusivamente portare gli incidenti alla udienza (Corte di Palermo, 6 aprile 1866, detto Giornale, n° 54). Il *terzo*, essere necessario ricorrere al presidente, e in seguito del rinvio farsene la domanda all'udienza (Corte di Lucca, 7 aprile 1866).

Porremo immediatamente da banda il terzo sistema. È della natura del procedimento sommario che la causa sia portata alla udienza, ed ivi si tratti ogni questione e incidente e principale. Quindi per due fortissime ragioni non può essere obbligatorio nei procedimenti sommarii l'esercizio dell'articolo 181. *Primo*, perchè, generalmente parlando (3), le domande incidenti possono esporsi anche in via di comparsa. Per comparsa si può opporre una eccezione d'incompetenza; si può proporre una prova testimoniale, un giuramento e via discorrendo. Quale vantaggio si avrebbe facendo il giro dell'art. 181? *Secondo*, perchè il presidente adito nella forma di giudice singolare non potrebbe nulla di meglio di quello che ha fatto come capo del tribunale, accordando la trattazione della causa in via sommaria, con abbreviazione di termine. *Dal non essere obbligatorio* non deriva che l'incidente debba portarsi di tratto alla udienza e sia incompatibile l'esercizio dell'articolo 181, come ha detto la Corte di Palermo. Non è obbligatorio, ma facoltativo. Il vero sistema sembra quello adottato dal Tribunale di Messina. *L'applicazione dell'articolo* 181 *è possibile* ai giudizi sommarii; *può essere utile* per le premesse avvertenze; *ed appunto per l'utilità che arreca essendo invocabile*, si offre come un beneficio al quale si può rinunziare.

Poichè siamo su questo pendio, diciamo qualche cosa degli incidenti avanti i pretori. Non solo le difese, ma altresì le *domande*, nelle quali si comprendo ogni specie d'incidente, si fanno o per comparsa o verbalmente alla udienza. E il pauroso apparecchio degli incidenti sembra già sparire perchè non si veggono uscire altre citazioni, e la malleabile procedura pretoriale si presta alla maggiore economia di tempo.

---

(1) E quindi altresì per *incidenti impropri*, sui quali il presidente non potrebbe deliberare.

(2) Fingiamone un altro. Si deve chiamare in causa un depositario; si è introdotto un incidente di compulsoria di documenti. Bisogna aspettare il ruolo, la udienza, ecc. Invece si fa una subita istanza al presidente; l'urgenza è grande: i documenti possono sparire; egli costringe il depositario a consegnarli immediatamente.

(3) Il senno pratico del procuratore vedrà in quali casi gli convenga piuttosto istruire una domanda incidente per mezzo di citazione. Non si potrebbero, io credo, stabilire regole comuni in tutti i casi.

Digitized by Google

VI.

Se interposta appellazione da sentenza di un tribunale che giudicò una questione incidente in giudizio formale, sia da osservarsi in secondo grado il procedimento formale, ovvero sommario.

Non avrei creduta possibile la questione, onde nel commento tacqui proprio per difetto di previsione. Ora si è veduta sorgere con qualche vivacità, e da pregevoli scrittori e magistrati sono uscite opposte sentenze (1).

Motivo di dubitare è questo. La questione incidente che si tratta in appello, nacque in seno di un procedimento formale e origina da esso. Come parte di quello, non può assumere una diversa natura passando in appello. Nè vale che quell'incidente fosse trattato colla forma scritta nel Codice nell'articolo 181 al 185; poichè dall'abbreviamento dei termini ch'ebbe luogo, non si può inferire che il procedimento anche in quella parte abbia cessato di essere formale (2).

Io mi aporsi la via alla soluzione del quesito laddove al precedente n° V mi feci a mostrare, che *la procedura degli incidenti condotti secondo le norme degli articoli* 181 *e seguenti, riuscira in una particolar forma di processo che ritiene tutti i caratteri del sommario.* Il legislatore è ricorso a questo espediente affinchè la questione incidentale non percorresse, come altrimenti avrebbe dovuto, il penoso tragitto che, camminando di finnco al merito, l'avrebbe finalmente recata alle conclusioni definitive, e da ultimo all'udienza per mezzo della istruzione scritta. Veramente fra il procedimento formale e sommario corre una differenza duplice: nel tempo, che in questo a gran tratto si abbrevia; nella costruzione del processo, che nell'uno si svolge scritturalmente e ad un certo punto si chiude e diviene immutabile, nell'altro corre sciolto alla udienza ove si forma e si compie colla discussione. *Medium genus non datur;* e chi guarda attentamente i citati articoli vede, che un modo di procedere sommario è adottato nelle questioni incidentali.

Non bisogna dimenticare che il giudizio incidente, nascendo entro un processo formale e in esso dovendo svolgersi come un suo portato, impone certo speciali norme che tendono ad armonizzare il suo corso colla procedura in cui è contenuto, e in questa parte può dirsi che tiene qualcosa del formale (articolo 184). Ma è facile vedere che ciò non ne immuta l'indole essenziale, cioè sommaria, non essendo formale, e non potendo essere di un terzo genere; cosicchè liberandosi dal suo contenente e quasi sprigionandosi in appello a vita libera e propria, ciò che serba è appunto la sua indole essenziale, deposte quelle qualità secondarie che l'accompagnarono per semplice relazione a quello stato di cose.

Il giudizio di appello, quale prosecuzione del primo, mantiene la stessa forma di procedere (*V.* sopra al n° III di quest'aggiunta). Autorizzata la proposizione dell'incidente dal capo del tribunale, non occorre in appello una ulteriore autorizzazione (3).

Egli è vero che il procedimento sommario nel sistema del Codice si fa emergere meno da caratteri intrinseci e proprii, che da note estrinseche: cioè dalla determinazione della *udienza fissa;* che è molto empirico. Peraltro dice l'articolo 390, che codesta determinazione *o è ordinata dalla legge, o è autorizzata dal presidente.* Molto importa ritenere questa duplice sorgente del processo sommario; mentre, supponendo che nell'appello dalla sentenza incidentale la citazione non fosse stata segnata dal presidente d'appello, ma fosse proceduta nel termine ordinario, non sarebbe o non può essere ostacolo una volta che la logica giudiziaria ci faccia debito di continuare la causa con quello stesso metodo con cui fu già trattato in prima istanza; e, che più vale, con quel metodo che è proprio della qualità del giudizio.

Io credo potersene anche ricavare una conferma dai disposti degli art. 703 e 725. Ninn

(1) *Monitore dei Tribunali* (Milano) anno VII, n° 16, pag. 1076, n° 48-49, pag 1130, n° 11 del 1867; giornale *La Legge*, 1866, n° 43 e 51.

(2) Così la *Gazzetta del Procuratore*, stimabile giornale giuridico che si stampa in Napoli (1866, n° 32).

(3) Con che mi accordo pienamente colle osservazioni del chiarissimo avvocato Scotti, riportate nei suddetti numeri del *Monitore*. Mi è grato in quest'occasione ricordare altri nobili lavori, come quelli dell'esimio avv. Maurizio Maltesi, modestamente intitolati: *Studii intorno la riforma del processo civile*, distinti per tanto senno e tatto di opportunità.

Digitized by Google

dubbio che appellandosi da sentenze pronunziate in processo esecutivo, debba seguirsi anche in appello la via sommaria. Da quegli articoli si rileva il termine stabilito dalla legge per la comparsa in appello. Ancorchè non intervenga l'opera del presidente d'appello che autorizzi l'ordine sommario, esso è mantenuto dall'indole stessa del giudizio (1). Ciò essendo di una certezza positiva, può aversene riprova *dalla sussistenza di un procedimento sommario che non abbia avuto in preambolo la segnatura del presidente.*

Uscendo dalle sirti della procedura, leviamoci alla ragione della legge. In tanta prodigalità di appellazioni, che sarebbe se ogni questione incidentale dovesse trascinarsi in appello per le lungherie di un giudizio formale? Si risponderà che il presidente d'appello può troncare gli indugi colla sua autorità. Se può concedere, può anche negare. Supponiamo che il presidente neghi ciò che si dovrebbe concedere. Non vi sarà nella legge, non vi sarà nell'autorità del collegio un'autorità sufficiente per bilanciare quella del presidente, per correggerne l'errore? Chi può dubitarne? Non è dunque un potere necessario, indispensabile, quello del presidente; il suo ufficio è cooperativo in ogni caso; è discrezionale nei casi dubbii a fronte di circostanze di fatto; ma può essere surrogato da una legge, da un principio, quando con esso possa giustificarsi l'indole sommaria della causa.

GIUNTA IX.

Sull'ammissione in genere della prova testimoniale a fronte di una convenzione scritta.

(Articoli 1341, 1346, 1347 del Codice civile).

Questa materia sempre difficile in pratica, domanda da noi qualche altra parola.

L'articolo 1341 riproduce esattamente l'articolo 1451 del Codice albertino. Nella sua superiorità gerarchica, la prova scritta respinge la testimoniale; purchè *qualche altra prova dello stesso genere*, comunque imperfetta, non venga ad offuscarne la chiarezza e promuovere il *dubbio legale*: dubbio legale che non potendosi sciogliere nè colla convenzione stessa, nè collo scritto opposto perchè semplicemente indiziario, non ha altro rimedio che la prova testimoniale. Perciò dichiara l'articolo 1347: « Le regole sopra stabilite soggiacciono ad ec« cezione, quando vi sia principio di prova per iscritto. — Questo principio di prova risulta « da qualunque scritto che provenga *da colui contro il quale si propone la domanda*, o da « quello ch'egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato ».

La Corte di cassazione di Torino ha con ragione estesa questa regola « desumendosi il « principio di prova per iscritto non solo dagli scritti distesi o firmati da colui al quale sono « opposti, dal suo autore o dal suo rappresentante, *ma ben anche dagli scritti che il mede« simo abbia fatti suoi proprii* coll'invocarne le risultanze, dalle risposte agli interrogatorii, « dalle confessioni giudiziali, dalle deliberazioni date in causa, ecc. » (sentenza, 21 febbraio 1866, *Monitore dei Tribunali*, 1866, n° 12).

Se non che bisogna ridurre a' suoi termini giuridici questa esemplificazione data a semplice dimostrazione dalla Corte suprema.

La formale accettazione di assunti contrarii a ciò che risulta dalla convenzione può equivalere, non è dubbio, ad un principio di prova scritta, *derivante da colui contro il quale si propone la domanda.* La formale accettazione non è altro che una *confessione giudiziale* che può partorire prova immediata *quando sia comprensiva di tutto l'oggetto in contesa.*

Ma in quella guisa che la confessione non avrebbe efficienza giuridica se non emessa da colui che ha la disponibilità del diritto, così le adesioni più o meno esplicite del procura-

(1) La stranezza sarebbe più sensibile qui che altrove: se un giudizio esecutivo per carattere giuridico e per logica efficienza *sommario*, fosse per rinascere in appello formale, solo perchè il presidente non potè o non volle o non doveva firmare la citazione.

tore alla lite non avrebbero virtù di fornire all'avversario l'argomento legale che gli deve servire come di sgabello per attaccare la scrittura.

Riconoscere ed assentire ad un fatto producente obbligazione, *è già una obbligazione*. È tale perchè o c'impone di abbandonare assolutamente i diritti che la convenzione scritta statuiva in nostro favore; o almeno ci distacca, per così esprimerci, da quel paladio di sicurezza per darci in balia alla fluttuante e sempre pericolosa prova testimoniale.

È per questo rispetto che la decisione sopra citata insegna che « il decidere se uno « scritto, una deliberazione in causa, presenti o no i *caratteri legali di un principio di* « *prova* che, ove renda verisimili i fatti dedotti, autorizzi l'ammissione della prova testi- « moniale, *costituisce una questione di diritto*, deferibile alla censura della Corte suprema ». « Davvero la *verisimiglianza* non è che un appendice di fatto, ma il far ragione dell'elemento consensivo per cui il possessore della prova letterale ne indebolisce egli stesso la forza e porge azione alla contraria parte *per combatterla colla memorativa e verbale*, tutto questo è per certo concetto giuridico.

Vi è pure un altro motivo dedotto dall'*intrinseco* dello scritto che si contrappone; ed *è la qualità del rapporto ch'esso ha o può avere colla convenzione*. Deve risultare un fatto *verisimile*, ma pur anco un fatto *influente*, un fatto che concludentemente dimostrato potrebbe toglier di mezzo o modificare la convenzione, cangiando fra le parti l'apparente relazione giuridica. Ciò dà ragione a quei valenti i quali sostengono che di un grande sforzo è mestieri per separare nelle combinazioni giudiziarie il fatto dal diritto (1).

Ma la valutazione del principio di prova per iscritto è forse ad un modo tanto se si tratti d'impugnare un atto pubblico, quanto una scrittura privata? No, certamente.

L'articolo 1460 del Codice civile albertino era così espresso: « Le regole superiormente « stabilite soggiaceranno ad eccezione *quanto ai contratti che possono farsi per iscrittura* « *privata*, quando esiste un principio di prova per iscritto ». Il Codice italiano è tornato alla semplicità dei Codici anteriori (2), e nell'articolo 1347 ha stanziato: « Le regole sopra sta- « bilite soggiacciono ad eccezione quando vi è un principio di prova per iscritto ». Bisogna esaminare se questa variazione sia sostanziale.

L'atto pubblico siede sulla cima delle prove; e l'articolo 1317 del Codice civile dice recisamente: « L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza « del notaio o d'altro pubblico uffiziale che lo ha ricevuto ». Noi domandiamo se l'art. 1347 che limita di tutta la sua portata, lasciatemi usare questa espressione, l'articolo 1341, eserciti la stessa influenza sull'articolo 1317?

La risposta affermativa potrebbe fondarsi sulla generalità dell'art. 1341. In esso si parla *senza distinzione* di convenzioni scritte, fra le quali è il rogito fatto per mano di notaio. Se questo fosse vero, l'atto pubblico potrebb'essere attaccato di fronte, di fianco, e in ogni modo: e ciò sarebbe la negazione totale del grande principio stanziato nell'articolo 1317, *che crede al notaio sino alla impugnazione in falso*. È d'uopo adunque tirare una linea ben risentita o forte fra le nozioni espresse nei due articoli 1317 e 1341.

Donde risulta, che il novello Codice, sopprimendo le enunciate parole, ha giudicato che non fosse necessario esprimere ciò che è elementare nel diritto probatorio.

L'associazione di una prova scritta qualunque, adiuvante la prova testimoniale, porgentesi quale condizione a questo esperimento, è un complesso che si esige quando trattasi di attaccare la convenzione (privata), impugnarne il contenuto, aggiungervi, variare, fare insomma quello che vieta fare l'articolo 1341. Ma nulla di questo è permesso in onta e violazione del deposito che l'atto pubblico custodisce come una verità civilmente inoppugnabile.

Contro l'atto pubblico non vi è prova che basti, se ne togli la confessione giudiziale; nondimeno possono chiedersi alla prova testimoniale soluzioni di quesiti che quantunque rasentino, a così dire, il suo contenuto, però non lo feriscono, nè vi portano offesa.

Ma è di gran momento il riflettere che nei casi che veniamo a ricordare *non fa mestieri il sussidio di un principio di prova per iscritto*, come dicesi, appunto perchè non si prende di mira l'atto pubblico, nè si dirigono colpi per demolirlo.

Ecco alcune combinazioni che non si ripetono mai troppo.

(1) Del resto questa massima è professata nei precisi termini dal ZACHARIÆ (edizione napoletana, pagina 269): DURANTON, tom. XIII, pag. 841.

(2) Codice napoletano, articolo 1347, siciliano 1301. L'articolo 2299 del Codice civile di Parma era conforme all'articolo 1460 dell'albertino.

Digitized by Google

a) Si ammette la prova testimoniale quando non si ha altro scopo che di schiarire le oscurità, le ambiguità, le incertezze dell'atto contrattuale (sentenza della Cassazione di Torino, 18 maggio 1865, Rigoli contro Colombetti. Della stessa sedente in Milano, 2 aprile 1862, Orsetti-Buscaglione).

L'oscurità equivale alla inesistenza, l'incertezza al dubbio; se il rogito non somministra quella verità che si cerca, è pur necessario aggiungere al suo difetto.

b) La *verità* è quella che viene testificata dal notaio. Ciò che è fuori della sua testimonianza non è protetto dalla stessa presunzione *inébranlable*. Quindi fu deciso, essere ammissibile la prova testimoniale a stabilire che una somma che il notaio attesta essere stata numerata e pagata alla sua presenza, fu ripresa dal pagatore (Corte d'appello di Torino, 1° agosto 1864, Chesta contro Lacches).

Ma deve intendersi fuori della presenza del notaio, ossia terminata la lettura del rogito, se pure la somma non fosse stata levata dal banco e ritirata dal creditore; nel qual caso il fatto della restituzione si avrebbe come incognito al notaio, sebbene nella stessa stanza esercente le sue funzioni. Se si volesse provare che appena pagato manualmente il danaro, con un giuoco a vista di tutti, ritornò nelle mani del pagatore, potrebbe ostare il silenzio dell'atto notarile che non avrebbe più narrato una storia veridica, e potrebbe risentire l'accusa di falso, il che non sarebbe permesso con questo mezzo. In ciò vi è molta finezza e delicatezza, e dipende dalle più sottili circostanze.

c) È stato anche ritenuto che può ammettersi la prova testimoniale a dimostrare che *non fu pagata tutta la somma* che l'atto pubblico dichiara come pagata, qualvolta il notaio stesso non attesti avvenuto il pagamento di presenza sua (Corte d'appello di Torino, 14 maggio 1864, Cordero contro Grimoaldi).

Secondo la tesi, io reputo questa una decisione molto pericolosa.

d) Può col mezzo testimoniale provarsi *non la obbligazione* (se eccede le L. 500), nè contro l'obbligazione, ma bensì la *causale*, che nell'atto è nascosta (Corte d'appello di Torino, 5 settembre 1862, Febbraro contro Novarro).

e) Possono provarsi dei *fatti*, dei meri fatti, aventi bensì un rapporto occasionale con una convenzione scritta privata o pubblica, ma non punto compresi nella specie storica che ivi è tracciata: dai quali fatti sono poi desumibili obbligazioni distinte (Corte di Genova, 11 febbraio 1862).

P. aveva locato a *R.* una caffetteria; la locazione era finita, e una sentenza passata in giudicato ordinò la espulsione del conduttore. Questi allegando una promessa di proroga, e sostenendo che tratto da tale insinga aveva fatto grandi spese, chiedeva indennità. Fu accordata. Si oppose l'inviolabilità della convenzione scritta; ma la Corte suprema disse che si trattava di provare dei fatti che in verità erano fuori della locazione e nati dopo di essa (Cassazione, 14 maggio 1866, *Monitore dei Tribunali*, detto anno, n° 14. Aggiungi altra decisione della Cassazione, 31 luglio 1866, *La Legge*, n° 96, anno suddetto) (1).

GIUNTA X.

Sul termine generale del processo testimoniale.

Articolo 232.

Sulla decorrenza del termine.

È scritto nell'ultima parte dell'articolo 232 che « il termine decorre dal giorno della *notificazione della ordinanza* o della *sentenza* (2) che ammise gli esami, o dal giorno della dichiarazione anzidetta » (3).

(1) Quasi tutti gli esempi suesposti mi sono stati largiti dalla diligente redazione del *Monitore* (anno 1856, n° 19).
(2) *Ordinanza*, se emessa dal presidente; *sentenza*, se dal tribunale in caso di contestazione.
(3) *Dichiarazione della parte* di non voler appellare o interporre opposizione se la sentenza è contumaciale.

Digitized by Google

Una sentenza della Corte di Brescia, del 2 gennaio 1867 (*Monitore dei Tribunali*, detto anno, n° 10), ha ritenuto giustamente che *la pubblicazione della ordinanza avvenuta alla presenza dei procuratori delle parti alla udienza equivale alla notificazione* per il disposto dell'articolo 367, e da quel punto comincia a decorrere il termine dell'esame.

Così giudicava pure la Corte d'appello di Milano nel 10 maggio 1867 (*Monitore dei Tribunali*, n° 21); aggiungi sentenza 9 ottobre 1866, Corte d'appello di Parma (*Monitore dei Tribunali*, n° 42, 43, p. 1015).

Il termine dell'art. 232 *è fatale:* e scorre di pieno diritto, salvo la proroga (Cassazione di Torino, 21 dicembre 1865, *Monitore dei Tribunali*, 1866, n° 2).

GIUNTA XI.

La istanza d'appello cade in perenzione, come quella del primo giudizio, se la dichiarazione di contumacia non è chiesta nel termine legale.

(Osservazioni sugli articoli 382, 383, 381, 338, 341).

L'illustre Collegio di disciplina degli avvocati presso la Corte d'appello delle Calabrie propose all'ottimo e compianto direttore del giornale *La Legge* (l'avvocato Luciano Beretta) il seguente quesito: « Se quella parte dell'articolo 338, così espressa — *l'istanza è altresì perenta quando non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia nel termine stabilito dall'articolo* 383, — debba applicarsi anche in appello ».

L'egregio giurecousulto rispose affermativamente; ed è, secondo me, la risposta che si doveva dare.

L'articolo 338 e l'articolo 383 hanno un nesso ed un rapporto immediato. Pel primo « la « dichiarazione di contumacia dev'essere chiesta *nel termine di giorni sessanta* dalla sca« denza di quello stabilito per comparire » (1), mentre l'articolo 338 aveva prevenuta la conseguenza di tale mancanza che si risolve nella *perenzione della istanza*, nell'obbligo cioè di rinnovare la citazione.

L'appellato può rinnovare questo giuoco: rendersi contumace. L'appellante è tenuto dal cauto suo a chiedere la dichiarazione di contumacia, sotto il peso delle medesime conseguenze, se non che le conseguenze saranno assai più gravi in ragione del giudizio contrario che ha subito, e della sentenza che passa irremissibilmente in giudicato, ove non gli restasse qualche residuo di termine utile per replicare l'atto di appello. Ciò è forte; ma l'appellante è già portato ad uno sbilancio di posizione giuridica rimpetto all'appellato vincitore; e ha dei severi obblighi a compiere. Io pure vorrei sgombrato questo terreno dalle pastoie; troppe formalità, ma non si dirà mai che anche questa non sia ben radicata nello spirito del Codice. Già fu benissimo osservato che l'articolo 341 non lascia attecchire il dubbio, estendendo nominatamente ai giudizi d'appello gli effetti della perenzione.

La perenzione speciale dei *sessanta giorni* è un acuto sprono ai fianchi dell'attore onde, valendosi dell'assenza del convenuto, non lasci, per i suoi fini, troppo a lungo giacere la causa. In appello segnatamento ciò potrebbe avverarsi. Chi ha perduto e sente di aver torto, ottenuta la sospensione del giudicato, non si cura guari d'altra cosa; aspetta che l'avversario si muova. Sotto questo aspetto la legge ha la sua ragione ogni volta che si ritenga quel vero ingombro delle procedure, che è il sistema della contumacia.

Qui vogliamo rammentare una forma di questo sistema che anche si collega coll'argomento.

(1) Il che non toglie che si possa chiedere anche il giorno dopo, mediante la iscrizione della causa in ruolo di spedizione.

Se l'appellato fu citato in persona propria (articolo 382), dovrà soggiacere alla sentenza *senza diritto di opposizione* (articolo 474). Se non fu citato in questo modo, cioè se la sua egregia persona non fu messa in contatto della citazione per mano dell'usciere, egli potrà fare opposizione quando che sia, a termini di legge. Per levarsi d'attorno questo pericolo gioverà all'appellante ripetere la citazione giusta il proposto dell'articolo 382. In tal caso il termine dei sessanta giorni decorrerà da quello della scadenza della rinnovata citazione.

GIUNTA XII.

Se la parte a cui favore si è verificata la perenzione d'istanza agisca regolarmente, riassumendo il giudizio onde far dichiarare l'avvenimento della perenzione.

(Articolo 340).

La questione, non immeritevole di ricordo, parve doversi decidere in senso affermativo ad una sentenza pretoriale, che può unirsi ad altre non meno commendevoli per ingegno e dottrina che si vanno producendo da questa onorevole magistratura, quantunque io non possa aderire alla conclusione (sentenza 12 giugno 1866 del pretore di Augusta, *La Legge*, 1867, n° 58).

Ammette la sentenza che la perenzione d'istanza assume nel nuovo Codice il *carattere di eccezione;* reputa nonostante che non sia tolto a chi è favorito da questo stato di cose la facoltà di chiedere al giudice la dichiarazione di perenzione, stimando che in più casi torni utile o necessario così adoperare; e quanto al sistema, ritiene che in questo modo egli ottenga più compiutamente il suo scopo. Se deve sempre attendersi, si dice, che la parte contraria si risvegli e voglia continuare la sua istanza, « una siffatta conseguenza farebbe perdere tutto il « pregio del sistema, perchè ne trascinerebbe un'altra, questa cioè che il convenuto non po- « trebbe sottrarsi all'incubo ed alle molestie di una lite; non potrebbe conseguire un diritto « attribuitogli da una sentenza di prima istanza che sia stata appellata, molto più quando « essa non sia provvisoriamente eseguibile, se non se a condizione che faccia getto di un di- « ritto per lui acquisito (giacchè la perenzione si opera di diritto) di far proseguire un'istanza « che ha già finito il suo tempo ».

E intanto l'egregio magistrato non aveva tralasciato di ricordare colle sue parole il concetto del ministro Guardasigilli, il quale consideava come del maggior momento questo nuovo carattere della perenzione: *carattere negativo;* effetto che operandosi per ministero di legge, sembrava respingere con un intendimento *a priori* il fatto dell'uomo, onde non rinnovare gli inconvenienti che il legislatore si gloriava in certo modo di avere fiaccati. « La domanda di « perenzione poteva percorrere tutti i gradi della giurisdizione per ottenere che la prima sia « dichiarata estinta; la perenzione di un procedimento abbandonato non si acquistava che col « prezzo di un nuovo procedimento; *si veniva così a togliere alla perenzione il suo vero ca-* « *rattere*, quello cioè di una eccezione perentoria che si oppone alla parte contraria la quale « volesse proseguire una istanza che ha già finito il suo tempo » (Parole della Relazione).

È bensì vero che una eccezione nascente dal diritto, generalmente parlando, è altresì proponibile con formula d'istanza da colui che ha interesse di far dichiarare il suo diritto, o intende di farne base all'esercizio di azioni che in questa ambigua condizione di cose troverebbero un ostacolo. Così chi ha l'*eccezione della cosa giudicata*, ha pure l'*actio judicati;* e chi può opporre la eccezione di prescrizione, può anche domandare al giudice che la contraria azione si dichiari prescritta al fine di preservarsi da future molestie e pericoli, meglio definire la posizione delle cose, e passare all'esercizio di altri diritti che ne conseguono. A tutto ciò non fa contrasto la procedura. Ma quando una legge di procedura stabilisce che ad una data posizione degli atti nasce un effetto giuridico a favore dell'altra parte che può conside-

raro come non esistente una istanza, un processo contro lui istituito, e pono quale un principio d'ordine questa operazione della legge, indipendente affatto da un nuovo giudizio che si vuol evitare, la linea di condotta ci è tracciata dalla stessa legge.

L'articolo 340 prevede che, scaduto il termine, si presuma tuttavia di continuare l'istanza: la parte contraria non fa che *proporre* (meglio si direbbe opporre) la eccezione della perenzione, e deve farlo prima di ogni difesa di merito.

Del resto il legislatore ha stimato di aver provveduto in modo che la parte favorita dalla perenzione non abbia mai bisogno d'istituirne la domanda per via di azione.

Chi ha ottenuta una sentenza, supposto che la perenzione si verifichi in corso d'appello, può mandarla ad effetto come se l'appello non esistesse. Se il processo di primo grado non ebbe compimento, il convenuto fa istanza per la condanna nelle spese. La perenzione è avvenuta: *per lui è un fatto compiuto ch'egli allega quale motivo della sua domanda.* Quindi non potrei approvare il metodo dell'egregio pretore di cui ripeto le parole in segno di stima. « E perciò colui il quale abbia acquistato il diritto ad opporre la perenzione, ove la parte « contraria non si prenda pensiero di continuare la istanza, potrà far iscrivere la causa nel « ruolo di spedizione se pende innanzi ad un tribunale o una Corte, insistere per la udienza « con un semplice atto di parte a parte se davanti un conciliatore o ad un pretore, trasci- « nare così anche suo malgrado lo avversario dinanzi il giudice, *e prima di ogni altra difesa « proporre la perenzione d'istanza che s'egli ha per un momento non risuscitata ma galvaniz- « zata, lo ha fatto per renderne più splendide le esequie* ». In questo prosaicismo della procedura non sempre si coglie il segno con un tratto di spirito. Ho già detto che questo metodo non sarebbe regolare.

E sarebbe anzi pericoloso per chi l'adopera. È una contraddizione sostener morta l'istanza, inesistente il processo, e continuarlo. Quei preliminari che vengono nel programma additati sono veramente fatti di continuazione; e che ci vuole di più per decadere dal diritto dell'eccezione? Se l'avversario è trascinato suo malgrado, come si dice, a proseguire la istanza abbandonata, essa non è più abbandonata dacchè l'altra parte la riprende: *essa non era che giacente.* Questo bisogno non ci può e non ci dev'essere, come non ci sarebbe mai di costruire in proprio carico un processo che non esistesse, onde con questo mezzo respingere una prescrizione che si viene così ad interrompere; ed ogni protesta sarebbe vinta dal fatto e resa inutile dall'intrinseca incompatibilità degli effetti.

GIUNTA XIII.

Intorno al senso dell'articolo 384: « La sentenza che dichiara la contumacia, pronuncia sulle conclusioni della parte istante ».

Vi ha chi crede che per queste parole della legge sia talmente fondata la presunzione di verità a favore della domanda e contro il contumace, che quando i fatti narrati nella citazione appaiano verisimili e non contraddetti da notorietà (in tal caso ripugnando la coscienza del giudice) i fatti esposti, eziandio non provati, debbano essere ammessi; e questo significare il motto della legge, *pronunciarsi sulle conclusioni dell'attore.*

Gioverà aggiungere qualche parola sopra un argomento che per dotte polemiche si è fatto interessante (1).

Vedo intanto con piacere che il cerchio della disputa è ristretto ai *fatti* e non si estende anco al diritto; e non si oppugna che il giudice possa, eziandio non contraddetta, respingere la istanza che si porge disforme dal diritto.

(1) Giornale *La Legge*, n° 57 e 96. anno 1866; *Monitore dei Tribunali di Milano*, n° 42 e 43.

Questo è già qualche cosa a favore della teoria della giustificazione, e mostra che il senso della formula non è poi così assoluto che non possa il giudice, per qualsivoglia ragione, *pronunciarsi contro le conclusioni dell'attore* o rigettarne la domanda.

La diretta e legittima influenza dell'articolo 1312 del Codice civile in tale ricerca non può negarsi. *Actor probare debet; reus fit actor in exceptione;* l'art. 1312 non è che una nuova consacrazione di questo principio fondamentale dei giudizi. Esso aveva la sua natural sede nel Codice civile, ove si svolge la teoria delle prove; male si adagierebbe nella procedura che, maestra del rito, non dichiara i principii. Non si è mai dubitato del dominio di questo medesimo principio nei giudizi contraddittorii, eppure non si legge in veruna parte del Codice di procedura che l'attore deve giustificare la sua domanda.

Se questo è ciò che vi ha di più sicuro, diremo anzi, di più elementare nella logica dei giudizi, bisognerebbe trovare in un principio opposto come possa bastare all'attore di enunciare dei fatti perchè questi fatti siano ritenuti veri, non comparendo per rispondervi la parte citata.

Volendosi sì grave effetto attribuire alla contumacia, molto più dovrebbe attribuirsi al silenzio della parte che avendo fatto atto di comparizione mediante costituzione di procuratore, tace sulla domanda ingiustificata dell'attore. Eppure questo non basterà mai, se l'attore non comincia almeno ad aprire la bocca all'avversario volgendogli qualche interpellanza.

Non parlerò della giurisprudenza che sull'articolo 235 del cessato Codice sardo, identico all'attuale 384, non ha, che io mi sappia, un solo esempio onde sia ammesso che *la contumacia pura e semplice vale la prova dell'azione;* ma giova procedere per ragionamento.

Il vecchio adagio *contra contumaces omnia jura clamant* teneva troppo all'idea di una colpevole riluttanza del citato che si schermiva dal comparire al cospetto del suo giudice. La contumacia era accompagnata dalla presunzione del torto; la condanna erane la conseguenza, specie di punizione che doveva sgomentare ogni altro che sarebbe citato, *ne vadimonium desereret.* Questa che può chiamarsi superiorità legale della posizione dell'attore a confronto del contumace, considerata come mezzo per punirlo della sua contumacia, è un concetto dichiarato apertamente dai sostenitori di questa tesi che vi fondano forse il loro principale criterio.

Epperò essi trovano di poter asserire che la contumacia non equivale no ad una confessione, non essendo gravida dei portati giuridici a quella peculiari, ma in tal condizione di cose almeno una presunzione di verità deve militare a favore di colui che affronta francamente il sindacato giudiziale e sfida l'avversario a smentirlo, mentre questi sta nicchiando, si nasconde, o sembra temer la luce della discussione.

Se non che tutti questi fondamenti che stanno in quello che si direbbe peccato della contumacia, cadono quando la contumacia non si consideri un peccato, ma una necessità del convenuto che non è stato citato; ciò che si presume è la deviazione dell'atto di citazione che a lui fu diretto, perciò quella prodigalità di termini e di comodità, imbarazzo delle procedure, ma che attesta sopra tutto il rispetto della difesa. Se questo è dunque il punto vero da cui si deve partire nel concetto della contumacia, ogni argomento dedotto dalla franchezza dell'attore, dalla tacita adesione o colpa del convenuto, vien meno. Può anzi immaginarsi caso, non rarissimo, per cui la questione cangierebbe affatto d'aspetto. Supponiamo che l'attore che sa di poter godere il non tenne vantaggio di una sentenza favorevole senza bisogno di fare alcuna prova (e, volendo, iscrivere ipoteca giudiziale) abbia studiato il modo che la citazione non pervenga all'avversario; e dei modi ce ne sono tanti! Si dirà che il dolo non si presume. Il dolo non si presume, ma quello che si presume è pur sempre non la contumacia volontaria e colpevole, ma la contumacia involontaria e necessaria (1).

Ma *cave ab extremis!* Vi ha nel giudice prudente un tatto delicato, indefinibile, che gli farà apprezzare lo stato delle cose di forma che, senza portarsi agli estremi rigori della prova, sappia valutare convenientemente quelle che l'attore ha in buona fede e con lealtà raccolte intorno al suo libello. È affare di convinzione, e accade benissimo che circostanze verisimili, eziandio non corroborate dalla prova materiale, qualità personali asserite e non giustificate, nessi di fatti intermedii e simili, si possano ritenere dal giudice, avendo un rapporto ragionevole coi fatti fondamentali che indubbiamente devono essere stabiliti. Tizio qualificandosi

(1) Finchè si ammetta il diritto di opposizione. Non in tutti i casi, come è noto, si ha diritto alla opposizione. Allora può aversi quella che si direbbe contumacia volontaria. È impossibile però introdurre per simili casi un diverso principio, perchè altre ragioni stanno per l'obbligo di giustificare la domanda.

erede di Caio con indicazione di tempo, di modi, ecc., che non lasciano sospetto sulla veracità di tale asserzione, prova mediante istrumento, il credito di Caio, asserto suo autore, per causa di censi. Benchè la qualità di erede non sia documentata, Tizio, che possiede i titoli, può ritenersi sufficientemente armato per ottenere sentenza contro il convenuto contumace. Non provando il credito, la sua istanza sarebbe respinta; del resto il giudice non farà il patrocinatore del contumace, come suppose taluno dei giureconsulti che presero parte in questa polemica, e non vorrà incaricarsi di eccezioni che la parte stessa potrebbe non opporre, o d'investigazioni troppo sottili, o *de apicibus juris*; poichè insomma il giudice farà bene l'ufficio suo, ma non si sostituirà alla parte, e coll'occhio dell'uomo pratico vedrà ciò che non può ammettersi senza prova, e ciò che non essendo che accessorio e circostanziale, possa tenersi per vero, *rebus sic stantibus*.

Così il nostro sistema, senza la rilasciatezza dell'austriaco e senza lo scrupolo del francese, procederebbe prudente, equo e ragionevole. E ciò, non perchè lo stato di contumacia sia inviso al legislatore, e neppure avuto rispetto alla contumacia in verun modo, ma perchè questa condizione della prova si presenta non diversa negli stessi giudizi contraddittorii quando l'uno o l'altro fatto, non essenziali a stabilire l'azione, non sono impugnati. Vero è che impugnazione non può aspettarsi dal contumace; ma se noi non vogliamo formargli una condizione peggiore perchè contumace, non vogliamo neppur formargli una condizione migliore perchè contumace; e terremo una stregua di ragione non dissuéta, nè straordinaria.

Fecero impressione quelle parole dell'articolo 384, e fu creduto che il dire *pronunzia sulle conclusioni della parte istante*, se non obbligava i giudici ad ammetterle, significasse però che *quanto ai fatti abbia a starsi all'esposizione della parte comparente* (1). Posso rispondere con tutta sicurezza, che non è questo il senso inchiuso in quelle parole; anzi che niun concetto vi si asconde che tenga alla quantità o qualità della prova. Il senso è ben semplice, che cioè *le conclusioni dell'attore sono quelle che determinano l'oggetto litigioso, e in relazione ad esse il giudice pronunzia la sua sentenza definitiva*. Ciò mostra che l'attore deve fare delle conclusioni, e il giudice non sospende la sentenza per aspettare che il contumace si valga del suo diritto di comparsa o di opposizione.

GIUNTA XIV.

Sul pregiudizio nascente dalle sentenze interlocutorie.

Non è sfuggito agli studiosi del Codice di procedura che in più luoghi si viene accennando a *sentenze interlocutorie*, senza che la nozione se ne trovi posta in veruna parte del Codice; e ciò può sembrar più grave in quanto si vedeva molto chiaramente espressa all'art. 200 della procedura sarda del 1859.

Il legislatore ha stimato che non fosse d'uopo insistere in una distinzione che, per quanto si attiene al metodo processuale, non produrrebbe effetti distinti. Quel pronunciato giudiziario che non è nè *un decreto*, nè *una ordinanza*, è *una sentenza*. Ogni sentenza è appellabile, con ristrette e specifiche limitazioni (articolo 481). Adunque o abbia carattere preparatorio o interlocutorio la sentenza; e sia di tutta la causa o solo di qualche punto definitiva, ciò potrà importare per le conseguenze di diritto, ma in ordine al rito giudiziario nulla conclude; e intanto la nomenclatura si è semplificata.

Io sento che non c'è da rallegrarsi, e sono con quelli che avrebbero voluto veder conservata nel nuovo Codice la classificazione che ci offriva l'articolo 200 del Codice sardo, uno di quelli che più meritavano di vivere.

---

(1) *La Legge*, n° 96 suddetto.

Tuttavia noi dobbiamo ritenere, a fronte del silenzio del Codice, esistenti in conformità del diritto i caratteri distintivi delle sentenze; e perchè non è mai stato intendimento del legislatore di cancellarne le sostanziali e proprie differenze; e perchè radicate nella essenza delle cose, sono in realtà incancellabili. In questa persuasione io dedussi francamente nel commento del Codice non pochi corollarii di ragione dall'indole propria delle sentenze interlocutorie, che in tanto sono suscettibili *di fare stato nella questione*, partorire nuovi rapporti giuridici, ed elevarsi a dignità di cosa giudicata, in quanto *influiscono sul merito*, o, con altre parole, in quanto *recano pregiudizio* (1).

Resta dunque ferma con tutta l'importanza e la potenza di un principio la distinzione fra *sentenza preparatoria* e *interlocutoria;* ma l'argomento, come diceva or ora, non interessa la teoria dell'*appellabilità*. Secondo la procedura francese la *sentenza preparatoria* non è appellabile che colla sentenza definitiva; ma è per sè appellabile la *interlocutoria* (2). In tali sistemi adunque la qualità della sentenza produce effetti immediati sul rito, poichè da essa dipende il diritto appellatorio; quando si ha una legge che apre la porta dell'appello ad ogni sorta di sentenze, la questione riducendosi non alla facoltà di appellare, ma alla giustizia dell'appello, in procedura la cosa è più semplice. Ed infine non molto diversa in ordine alla economia dei giudizi. Poichè ad ogni modo per decidere se la sentenza sia fra le appellabili, è d'uopo esperire un giudizio d'appello.

Ma lasciamo di questo. Noi troviamo che la decisione interlocutoria assorbe una frazione del merito qualunque sia; e che la parte favorita dalla decisione ha fatto acquisto di una posizione giuridica migliore di quella del suo avversario. È giustizia che gli sia conservata. Il giudice deve rispettare questa posizione che la sua decisione ha creata ad uno dei litiganti: quindi il *vincolo* che restringe la sua podestà nel futuro, come in parte esaurita.

Ciò in astratto: in concreto bisognerà vedere il *quid decisum;* se l'interlocutorio includa la definitiva risoluzione di taluno dei punti della controversia, e forse del principale; ovvero non faccia altro che stabilire una condizione processuale favorevole ad una delle parti, senza decidere precisamente un punto controverso.

Il giudice può ritenere provata un'azione, oggetto di contestazione, e in seguito di questo criterio da lui formato, ordinare delle prove che non avrebbero veruna ragione, se non fosse stata ammessa in principio la pertinenza dell'azione. Questa decisione di un diritto come sostrato certo e necessario dei mezzi d'istruzione ordinati dal giudice, può essere *esplicita* od *implicita;* nel primo caso la difficoltà è anche minore in linea di fatto. Se il giudice lo dichiara espressamente nei motivi (non parliamo del dispositivo, poichè allora la questione è decisa formalmente), non vi sarà più dubbio; ma senza espressamente dichiararlo, può render del pari manifesto l'animo suo. Tizio sè dicendo erede di Caio e coerede di Sempronio, domanda la divisione dei beni ereditarii, e quindi la nomina di periti per effettuare la divisione: il convenuto contraddice la pretesa, respinge la nomina dei periti. Il tribunale nomina i periti. In tali casi declinare da qualunque motivazione di diritto non sembra possibile: la sentenza potrebbe correr pericolo di annullamento da questo lato. Ma checchessia della forma dei motivi, la conclusione accusa inesorabilmente la premessa; *il punto fondamentale della questione è stato deciso.*

Non sempre il giudice si trova in condizione così precisata quando ammette una prova. Può farsi un'altra ipotesi che si verifica ogni giorno, che *la prova non sia la conseguenza di una decisione che attribuisce un diritto:* ma semplicemente un modo di esperimentare se il diritto esista o non esista. Si vuol provare un fatto che in questo caso è la sorgente di un diritto, il fondamento della domanda. Pietro si lagna che Paolo ha tagliato o fatto tagliare certe piante del suo verziere; o ha fatto altra cosa che gli apporta un danno. Il giudice ammette dei capitoli testimoniali, malgrado la resistenza di Paolo. Pronuncia una

(1) L'articolo 200 deduceva la nozione dell'interlocutorio anche dal fatto estrinseco del *contrasto:* l'opposizione fatta ed il giudizio contraddittorio facevano fede dell'interesse che le parti avevano rispettivamente di vincere.

(1) Il regolamento romano invece così disponeva per le sentenze interlocutorie. Ivi l'interlocutorio può ritrattarsi dal giudice che l'ha pronunziato (§ 193), seguendo il principio del diritto romano (l.eg. 19 § ult. de rec. arbitr.). Il giudice non è in modo alcuno vincolato dalla pronuncia interlocutoria. Si è ammessa una perizia, motivando che l'azione è provata in genere; ma vuolsi determinare la somma del credito? Se tutto ciò non risulta da sentenza definitiva, ma solo interlocutoria, non tanto può il giudice ritrattarla, ma, senza avervi riguardo nella decisione del merito, dichiarare che non esiste il diritto dell'azione (§ 354). Così era seguita l'antica massima: *Interlocutoria transit in judicatum quoad partes non quoad judicem.*

interlocutoria; ma non preoccupa la risoluzione del merito in quanto dipende dall'esito delle prove: il giudice non ha deciso verun articolo controverso; ha semplicemente riconosciuto che *le prove sono influenti*, quanto dire sono in rapporto logico colla intenzione dell'attore, e perciò le ha ammesse.

Intorno a questo punto ho udita qualche dotta polemica sostenere che « il giudice non « possa emettere una interlocutoria senza discutere nei motivi la rilevanza della prova, e « *non possa ammetterla che affermandola come decisiva* (*La Legge*, n° 29, anno 1867).

Ciò non pertanto si soggiungeva come complemento della dottrina « egli rimane sempre li- « bero e non vincolato a quei motivi nel pronunziare il giudizio definitivo ».

Mi varrò di queste osservazioni, sulle quali non voglio fermarmi, per avvalorare il mio discorso.

Ho detto che in questa specie frequentissima il giudice non risolve verun punto della controversia, e non può difatti risolverla; non può affermare che *la prova sarà decisiva;* ammessi dei capitoli testimoniali proposti dall'attore, come potrà dire che quella prova sarà decisiva in confronto della *prova contraria* che potrà distruggerla?

Ma in che adunque consiste il *pregiudizio* che rende l'interlocutorio appellabile, e dove si trova il nucleo della cosa giudicata?

Il pregiudizio può essere di più maniere: 1° perchè ammettendo l'esercizio della prova si ammette sempre la pertinenza dell'azione; o quando essa cade in controversia, con ciò si pronunzia una vera decisione di merito, secondo l'ipotesi suddetta; 2° perchè la prova ammessa potrebbe oppugnarsi come non concessa dalla legge in quel caso; 3° perchè la stessa affermazione della *influenza* può indurre un gravame sullo specifico della prova, determinandosi *moralmente a priori* che quella prova, riuscendo, avrà un valore nella convinzione del giudice.

Peraltro è impossibile concepire una sentenza interlocutoria appellabile, senza ravvisarvi la determinazione per lo meno di una posizione processuale favorevole ad una parte: vale dire una decisione qualunque, materia di cosa giudicata.

E così avviene anche in quest'ultimo caso. Una volta ammessa la prova, il giudice non può espellerla dal processo, non può chiuder gli occhi sui suoi risultati; deve tenerne conto. Più. Quantunque il giudice si vincoli *legalmente alla prova, non all'apprezzamento della prova*, si è già manifestata dal giudice una disposizione dell'animo che è presagio sfavorevole ad una delle parti, e questo io chiamo *pregiudizio morale.*

Pertanto il giudice è legato alla propria decisione a questi soli effetti: 1° che il diritto dell'azione è da lui ammesso una volta che sono ordinate le prove; 2° che deve tenere tutto il conto delle prove, non può dissimularne la esistenza. Qui finisce il vincolo giuridico; e qui ricomincia il corso della sua libertà. Sperimentare una prova non è altro che mettersi dietro una indagine per raggiungere una verità di fatto che s'ignora. Questa via dev'esser libera ad ogni mezzo che può stimarsi opportuno al fine, libera alla coscienza che deve apprezzarli. A prove si possono aggiunger prove di varia natura; nel complesso e nell'intreccio delle prove quella che parve dapprima influente può essere vinta da altre, e nell'ultimo risultato trovarsi insufficiente.

GIUNTA XV.

Se il pronunciato di un tribunale sotto nome di Ordinanza sia appellabile quando in luogo di essa doveva proferirsi una sentenza.

Impegnatasi una questione avanti un tribunale di commercio fra *M.* ed *L.* il convenuto sostenne all'udienza e fece istanza *onde si procedesse in via formale.* Quel tribunale si trovò imbarazzato sulla forma della decisione che doveva dare. Ritiratosi per deliberare, e tornando alla sala *pubblicò un'ordinanza firmata dal presidente e dal cancelliere*, colla quale rigettò la

domanda e ordinò doversi continuare la causa alla udienza, cioè col metodo prescelto dall'attore.

La Corte d'appello di Milano emendò stupendamente l'errore dichiarando (1): 1° che la controversia non poteva esser risolta dal presidente con ordinanza, ma doveva esserlo dal tribunale con sentenza; 2° che tale decisione in forma di ordinanza era nulla; 3° che la forma estrinseca non poteva essere di ostacolo alla sua appellabilità; 4° che annullata la decisione, la causa doveva rimettersi al tribunale pel giudizio di ragione.

I principii di diritto giudiziario che questa sentenza contiene meritano di essere conservati:

1° La mutazione della forma di procedimento può essere proposta al presidente che ha facoltà di ordinarla *nel consenso delle parti* (articolo 391). Ciò prova anche una volta che la forma del procedimento è piuttosto nel ben inteso interesse delle parti, che nelle astrattezze dell'ordine pubblico (2);

2° Se le parti ne fecero oggetto di contestazione avanti il Collegio, non può più invocarsi la interposizione dell'autorità presidenziale, e perchè puramente pacifica, e perchè *eccitata la questione avanti il Collegio, esso è investito irretrattabilmente della competenza*, nè può spogliarsene per restituirla al presidente al quale non è stata conferita dalla legge *per ragione d'ordine*, ma *propter litigatorum utilitatem*, potendo sua mercè concordarsi il diritto ed evitarsi la contestazione;

3° Che in tal caso il tribunale pronunzia una sentenza che dev'essere redatta nelle forme che le sono proprie. Il modo di procedere nel giudizio è una questione come un'altra. La sua risoluzione involve la cognizione della qualità della causa, della sua gravità, e della convenienza dei mezzi della trattazione. È una decisione incidentale che *præjudicium affert* quando vi è contestazione, ed è appellabile;

4° *I mezzi d'impugnazione stanno in relazione alla qualità ed autorità del pronunciato giudiziario.*

Ecco la parte più interessante di questa breve monografia.

Essendo la proposizione generale e comprendendo varii atteggiamenti della procedura, gioverà dividerla.

La *qualità* del pronunciato è da me osservata nel rapporto della sua caratteristica legale; così una sentenza proferita in contumacia è impugnabile mediante *opposizione*; ogni sentenza riformabile, mediante appello; se irretrattabile, colla cassazione. Nel punto di vista dell'*autorità* abbiamo l'ordine gerarchico che di grado in grado elevandosi, esercita la sua podestà sui pronunciati dei giudici rispettivamente inferiori.

La specie suesposta vuole che a questo si restringa il nostro esame.

Le obbiezioni contro la sentenza della Corte di Milano (*V. Monitore dei tribunali* di Milano, anno 1866, n° 50) sono ingegnose, e possono così riassumersi. Si conviene che il tribunale intero e non il presidente doveva pronunciare, non con ordinanza ma con sentenza; ma se in fatto ed in realtà ha pronunciato il presidente ed ha pronunciato un'ordinanza, in qual parte del Codice si trova che *una ordinanza sia appellabile?* Tanto più che il tribunale ha inteso *di fare un provvedimento* e non una sentenza. Quella dunque non era una sentenza nè per la intenzione del magistrato che la pronunciò, nè per la forma. Pertanto l'egregio giureconsulto che proponeva i dubbi, com'egli modestamente diceva, credeva consistere il rimedio nell'art. 192 « per la dichiarazione della nullità degli atti si provvede nel modo stabilito per « gl'incidenti ».

Non è raro che un magistrato d'ordine subalterno si arroghi, per errore, le prerogative del superiore; ed emetta decisioni che a questo appartengono, manomettendo eziandio le forme, vale dire usando quelle più semplici che sono appropriate alla sua giurisdizione. Supponiamo che il giudice delegato o il presidente abbiano creduto di poter decidere con una *ordinanza* ciò che evidentemente era devoluto al collegio e doveva risolversi con sentenza. Può appellarsi da siffatta ordinanza, sostenendo la sua nullità, e mostrando che al corpo collegiale spettava il decidere?

(1) Sentenza 23 ottobre 1866, *Monitore dei Tribunali*, detto anno, n° 46.

(2) Intorno a questa massima, che ha richiamata lungamente la nostra attenzione (Giunta VIII), giova rammentare una recente decisione della Corte suprema di Firenze, in tutto conforme ai nostri principii. Il preclaro ingegno del relatore ha posta la questione nei termini precisi e più veri (sentenza 4 luglio 1867, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 295).

Per certo no; è d'uopo ricorrere allo stesso Collegio; che se da questo uscirà sentenza che non faccia ragione alla mia domanda, da tale sentenza interporrò appello.

Se non che questo sistema è il portato dell'ordine, è la scala per la quale si ascende dallo scanno del giudice singolare al banco del Collegio; e la forma della pronunzia in effetto è quella che dev'essere, cioè una *ordinanza*.

Ora facciamo un'altra ipotesi. Che il tribunale stesso, colla più flagrante violazione del rito, *esprima la sua decisione con una ordinanza*, vale dire con quelle modalità che scrive l'articolo 362, sottoscritto un solo giudice, omesse le altre maggiori formalità che per gli articoli 360 e 361 sono necessarie a costituire una sentenza valida. Se badiamo alla forma, questa è una ordinanza, non una sentenza; se l'appellabilità delle sentenze consegue *dalla forma della decisione*, e non dal carattere che la decisione ritrae dalla propria intrinseca ragione e dall'autorità da cui emana, siffatta ordinanza, comunque irregolare e nulla, vale più di una sentenza perchè sfugge all'appellazione!

Tuttavia, applicandovi un poco il pensiero, si vedrà che questa è una conseguenza impossibile, mentre la mostruosità della forma non può essere una prerogativa a favore di chi riportò la decisione; e se l'appello è una garanzia concessa a coloro che soffrono ingiustizie e sono colpiti da giudicati illegalmente proferiti, chi è peggio trattato non può esserne privato, perchè il prodotto del tribunale sia un aborto a così dir senza nome.

L'appello infine è dato contro fatti ingiusti del tribunale, quando la legge non offre rimedio da esperirsi avanti il tribunale medesimo; si appella *dalla sentenza*, ossia *da quel pronunciato che dovrebb'essere una sentenza*, e non è che un oltraggio della legalità.

Restano dunque chiare due cose: 1° che dall'ordinanza del giudice delegato o del presidente si ricorre per via di gravame al Collegio, quantunque, ed anzi per questo, il giudice singolare se ne arrogasse l'autorità; 2° se invece il tribunale proferisce egli stesso irregolarmente una *ordinanza* in luogo d'una *sentenza*, l'appello è di diritto.

E nella specie giudicata si entrava precisamente in questa condizione di cose. Quella *ordinanza* del presidente *prese il carattere di una decisione del tribunale, e quindi appellabile*, dal momento che il tribunale stesso, ch'era investito di giurisdizione, permise al presidente di pronunciare sulla questione, dal momento che lo stesso tribunale facendo proprio il pronunciato del presidente respinse definitivamente la eccezione sollevata dal convenuto.

GIUNTA XVI.

Sulla reiezione o deserzione dell'appello.

(Articoli 489 e 386).

I.

L'articolo 489 è stato fecondo di questioni; si può dire che se n'è parlato troppo per essere una buona legge. Ma già qualcuno de' suoi sensi problematici è stato messo in piena luce dalla giurisprudenza; uno è il seguente.

La Cassazione di Torino ha stabilito in una magistrale sentenza del 2 aprile 1867 (*Monitore dei Tribunali*, n° 20) che *gli atti del primo giudizio* che l'appellante deve produrre a pena di reiezione dell'appello (deserzione) *sono quelli dello stesso appellante*, ossia i suoi proprii. L'appartenenza del documento è determinata dalla produzione. L'autore della prova si ritiene il proprietario dell'atto per l'effetto della esibizione in appello, a parte il grado di utilità che all'uno o all'altro dei contendenti sia per derivarne. Quindi non tocca all'appellante il produrre il verbale di esami assunti ad istanza contraria.

Concordano altre sentenze della Corte suprema di Torino, 20 maggio 1867 (*Monitore* n° 14), 31 luglio 1866 (*La Legge*, n° 88), 2 maggio 1866 (Ivi, n° 53); Cassazione di Firenze, 18 marzo 1867 (*Ann.*, n° 30).

II.

Dopo ciò viene la questione *della influenza del documento.*

La *influenza* è un rapporto di fatto la cui cognizione è nel dominio esclusivo del magistrato d'appello. Quando sorge disputa, esso è obbligato a darne i motivi. La Cassazione annulla il giudicato per difetto di motivi (Cassazione di Torino, 20 maggio 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 14; 18 marzo 1867, *La Legge*, n° 30). La motivazione per le sentenze che sottostanno al sindacato della Corte suprema, non solo è necessaria per adempiere ad un fine generale della legge, ma eziandio per offrirsi materia al sindacato medesimo che non potrebbe altrimenti esercitarsi. La Corte suprema ha più volte annullato, per travisamento, tali sentenze che motivando le necessità della produzione, si trovarono smentite dallo stato degli atti.

III.

Se l'appellante che, resosi contumace, non adempì alle prescrizioni dell'articolo 489, comparendo dopo quel termine, e prima della sentenza, debba essere ascoltato nelle sue difese sul merito della interposta appellazione.

È un quesito che si sta ancora discutendo con molto interesse fra dotti uomini del fòro, e combattendo, userò questa frase, fra onorevoli e gravissimi magistrati.

Contro il proposto si annuncia la giurisprudenza della Corte di Brescia in una magnifica sentenza del 12 dicembre 1866, lavoro dell'illustre consigliere Biagi (*Monitore dei Tribun.*, 1867, n° 10). La prima Sezione della Corte di Napoli, e la Corte di Milano si proferirono nello stesso senso; e quantunque la Corte suprema di Torino non abbia avuto ancora occasione di risolvere la controversia nei precisi termini del quesito, è però costante la sua giurisprudenza nel ritenere che la produzione fatta dall'appellante dopo il termine, segnatamente se l'altra parte già propose la eccezione di decadenza, non possa giovargli (1).

La opposta sentenza fu professata in altra decisione dalla Corte di Milano (6 aprile 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 18); da altra Sezione della Corte di Napoli (4 marzo 1867); dalla Corte di Casale (8 gennaio 1866, *Giurisprudenza*, t. III, pag. 457), e pure dalla Corte di Napoli nel 9 marzo 1867 (*Gazzetta del Procur.*, *Monitore dei Tribunali*, n° 18). Oltre ciò verrebbe a porsi da questo lato in tutto il suo peso l'autorità del commen. Vacca, giureconsulto sommo e che tanta parte ebbe nella legislazione, che questa medesima opinione espresse, certo ad intento, nel suo discorso d'inaugurazione alla Corte suprema di Napoli (2).

Fondamentale supposito del quesito è *la contumacia dell'appellante;* quindi la relazione all'articolo 386 e lo studio della sua applicazione nel presente caso. È inutile dopo ciò domandare se questo appellante abbia prodotto gli atti del primo giudizio, o il suo procuratore abbia prodotto il mandato; l'appellante non è comparso per mezzo di procuratore come avrebbe dovuto; ha lanciata la citazione e poi è sparito.

Gli egregi propugnatori del secondo sistema dicono che questa è una posizione preveduta dalla legge. L'articolo 380 ci avvisa che l'attore si rende contumace quando nelle cause formali non costituisce procuratore. L'art. 386 contemplando in una sola disposizione la contumacia dell'attore e del convenuto, dice che in ogni caso, anche di dichiarata contumacia (e noi aggiungeremo, quantunque non competa diritto di opposizione), *il contumace può comparire e produrre le sue ragioni sino alla sentenza definitiva.*

Questa regola, questo benefizio accordato al contumace benchè volontario, questo favore della difesa, indubitato e certo nel giudizio di primo grado, porchè non dovrebbe avere

(1) Qualche volta si è spinta la massima sino ad un rigore veramente estremo. Nella sentenza del 27 luglio 1865, relatore Cazzaniga (*La Legge*, anno 1866, n° 8), si disse che il difetto di esibizione della sentenza per parte dell'appellante era irreparabile; avvegnachè *la sentenza stessa si producesse dall'appellato, integrando gli atti.* Nel che, sia detto con tutto il rispetto, non si può convenire.

(2) Il chiarissimo avvocato napoletano ANGELLO VESCIA dettò un elegante articolo stampato nell'ottimo giornale *La Gazzetta del Procuratore*, sostenendo quest'ultima opinione.

uguale significazione in grado d'appello? Forse l'articolo 386 è ristretto ai giudizi di primo grado; o piuttosto la sua applicazione non è per se stessa estensibile e comprensiva del secondo grado, poichè scorgesi anche dall'epigrafe del Capo I del Titolo IV, che tutto questo procedimento è fatto *pei tribunali civili e per le Corti d'appello?*

L'argomento così saldamente stabilito, acquista maggior forza in appello in ragione del maggior interesse che racchiude e della sua maggiore gravità.

Ma cominciano le difficoltà. La lettera dell'articolo 489 ordina certe operazioni da farsi entro un termine, e non facendosi, vuole *che si rigetti l'appello.* Si risponde, che la decadenza o nullità non è espressamente comminata dalla legge.

A quelli che oppongono l'articolo 480 fanno osservare che il caso è molto diverso; e in questo hanno ragione.

Rigettano pure, non senza ragione, l'argomento d'analogia tratto dall'articolo 466, ov'è detto che i termini ad interporre appello sono perentorii, e la decadenza si effettua di diritto.

L'appellante contumace, al suo comparire, riassume la facoltà che ad ogni altro nella posizione sua compete, di discutere anche del merito della questione, ossia di completamente difendersi contro la sentenza. E che altro mai è lo scopo dell'appello? Non è vero adunque che accordandosi a questo contumace il beneficio della difesa, egli dovesse restringersi a piatire sulla materia del prodotto o proseguito regolare appello, quasichè per un *gius* acquisito al convenuto dell'articolo 168 venisse così a limitarsi il cerchio della contesa (1).

Vero è che la legge ha prescritto termini e cautele all'atto di appellazione perchè le liti non si protraggano oltre misura, ma nel costante presupposto della probabilità dell'errore, domina la ragione del diritto e l'interesse della difesa che si presume meglio tutelata da magistrati di ordine superiore.

Oltrechè il difetto del deposito nel termine prefisso non va immune da pena. E sarebbe, che in causa appunto di non aver fatto questo deposito, l'appellante non potrebbe più produrre nuovi documenti, se l'altra parte ne facesse istanza, e ciò pel disposto degli articoli 175 e 176 (2).

L'esimio giureconsulto, ex-ministro, a quanto scorgesi dal brano recato (3), venne sul dire che l'articolo 489 fu informato a questo spirito. È già molto: nondimeno, avendo egli stesso dichiarato di *non poter intraprendere* in quel luogo *una seria disamina della questione* (che per tale egli riconosce), non vi resta altro argomento, in vero grandissimo, che quello dell'autorità sua.

Fin qui le considerazioni contrarie.

Veniamo al sistema inverso al quale io porto il tributo del mio debole suffragio. Io mi varrò dei gravi argomenti dedotti dalla Corte di Brescia, e altri aggiungerò per conto mio.

L'articolo 386 non ha quella estensione che gli si è voluto attribuire; o in ciò, io credo, consiste il vizio radicale del contrario ragionamento. L'articolo 386 ha il suo correttivo in se stesso. *Il contumace può comparire e dedurre le sue ragioni sino alla sentenza definitiva; ma*, proseguiamo la lettura, *avranno effetto le altre sentenze già pronunciate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammissibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarli.*

Lungi adunque che la equità onde s'inspira questa disposizione, così favorevole alla difesa, abbia un'efficacia senza limiti, vuoi nel primo o nel secondo giudizio, col dichiarare inviolabili le sentenze già passate in giudicato, professa il più alto rispetto ai diritti quesiti.

Questa esuberanza di difesa, ripetiamolo, muove da uno spirito di equità che onora il legislatore; ma gli farebbe assai torto se dovesse accordarsi a spese della giustizia. Volgendo rapidamente lo sguardo sulla condizione del contumace, noi scorgiamo tosto che i riguardi dovuti alla sua difesa e necessarii, sono con molta cura osservati, e nulla mancherebbe a questa sua legittima facoltà, dato anche lo stato delle cose fosse tale che non gli permettesse di approfittare dei vantaggi che ulteriormente gli concede l'articolo 386.

Proviamo la proposizione.

(1) Vedremo più sotto essere il punto sostanziale della controversia.

(2) Sentenza della Corte di Napoli del 9 marzo 1867. Confesso che non arrivo a comprendere questo discorso.

(3) Nel *Monitore dei Tribunali*, citato n° 18. Noi siamo grati alla diligenza onde ha voluto presentarci le parole dell'autorevole personaggio, che difficilmente avremmo potuto raccogliere altrove.

Il primo moto della legge è quello di considerare nel contumace un uomo che, quantunque chiamato, non ha potuto presentarsi in giudizio por causa a lui non imputabile, perchè non ebbe scienza dell'invito giudiziale; onde la legge raddoppia le diligenze per una più esatta e più certa comunicazione. Ordina che la citazione sia rinnovata (articolo 382), qualora non consti che la citazione sia stata proprio consegnata in mano sua. Il rimedio della geminata citazione, per cui si schiva la imbarazzante prolissità della *opposizione*, è di una saggezza di cui vuolsi tener conto al moderno legislatore; ma il fatto è che alla libertà o difesa del convenuto è ben provveduto colla duplice chiamata; e in difetto, col diritto dell'opposizione. *Quod alteri prodest et tibi non nocet*, è, direi così, la divisa dell'articolo 386. *Salve le posizioni di diritto anteriormente acquistate*, chi non è comparso può ancora venire; egli è accettato perchè la giustizia non chiude mai l'orecchio alle difese, semprechè non si tenda a sconvolgere ciò ch'essa vuole assicurato; ciò che devo rimaner fermo.

Questi riflessi non sono inutili; per essi si dimostra, che se talvolta il contumace si trova impedito da quello stato di diritto che la sua stessa contumacia ha creato all'avversario, non perciò è turbato il suo diritto di difesa. Fu citato *in persona propria?* Fu citato *due volte?* La sua contumacia è volontaria. Fu male citato? Gli appartiene il mezzo di opposizione; può far annullare il giudizio.

Ora osserviamo lo stato di contumacia rimpetto all'*attore*.

La contumacia dell'attore è sempre volontaria. E in verità non ha scusa. La legge difatti gli nega il benefizio del doppio monito e quello della opposizione; egli è dei litiganti colui che ha meno titoli per invocar favori. Se ne avesse, non sarebbero nella sua qualità di attore contumace, ma perchè contrariato da forza maggiore, non avrebbe potuto costituire procuratore, o personalmente comparire: ma niuna legge è inspirata dal presupposto di forza maggiore; e ciò che più facilmente si pensa di un attore che va contumace, egli è, che abbia voluto intorbidare e frapporre studiosamente indugi.

Ora che abbiamo noi? Un appellante che manda una citazione e poi si ritira; cioè non incarica procuratore per lui, e niun procuratore si presenta; o in giudizio sommario lascia cadere la udienza, ed egli non si fa vivo.

Ch'egli abbia mancato complessivamente e in una volta a tutti i doveri imposti alla sua condizione di appellante dall'articolo 489, è manifesto.

Si sostiene che questo appellante può risorgere tuttavia; e nonostanto il disposto dell'articolo 489 presentarsi e proporre le sue difese sul merito, valendosi del beneficio dell'articolo 368.

La posizione delle parti non può esser che questa. L'appellante non costituisce procuratore; all'incontro l'appellato costituisce procuratore; e *domanda la reiezione dell'appello*, attesa la inosservanza dell'articolo 489. Prima che sia deciso, l'appellante comparisce per mezzo di procuratore; produce gli atti, la sentenza, ecc., benchè fuori del termine prescritto dall'articolo 489, e insiste per essere ascoltato sul merito, facendo le suo deduzioni in proposito, ecc. Questa difatti è la specie alla quale accenna la Corte di Napoli (sentenza 9 marzo 1867). La Corte di Brescia giudicò di una posizione analoga. Giova rammentarla onde si possa esser chiari sullo stato del processo. *F.* appellante aveva fatto destinare l'udienza in via sommaria, e a quella udienza niuno comparve pel suo interesse. L'appellato *M.*, visto che *F.* non aveva in verun modo adempito agli obblighi dell'articolo 489, domandò che si pronunziasse la reiezione dell'appello. Nel giorno dopo (non pronunciata ancora la sentenza) l'appellante preteso, come disse la Corte, di purgare la sua contumacia; invocò la disposizione dell'articolo 386, fece istanza acciocchè sospesa la deliberazione e prolazione della sentenza, venisse riaperta la discussione della causa, e fissata nuova udienza, come difatti si ottenne dal presidente.

Conviene aver presente questo stato del processo, onde i principii abbiano un'applicazione concreta, e non si valichi teoricamente il breve confine di questa specialità giudiziaria. Quanto il tema sia delicato, può vedersi al menomo cangiamento dello stato degli atti. Supponiamo, nel caso giudicato dalla Corte di Brescia, l'appellato *non avesse opposta l'eccezione della decadenza*, ma invece avesse chiesta la *conferma della sentenza*, invitando così la Corte al giudizio del merito, ed allora, per quello che vengo a dire, la conclusione sarebbe diversa.

La tesi per noi è questa. L'appellante che non adempie *nel termine prescritto* alle ingiunzioni ordinate dall'articolo 489 decade dall'appello, abbia o no costituito procuratore. Opposta

Digitized by Google

la eccezione, quanto dire accettata dall'appellato la decadenza dall'avversario incorsa, il processo d'appello è finito, e non si parla più del merito dell'appello (1).

L'appellante che si tenne contumace può esso, valendosi dell'articolo 386, *comparire e difendersi contro la istanza dell'appellato che domanda la reiezione dell'appello prima che sia pronunziata la sentenza?*

Rispondo: sì; *ma allo scopo di difendersi sulla questione incidentale*, e non per riaprire la discussione del merito.

È questo precisamente il solo punto, per quanto a me sembra, sul quale cade il dissenso. Ne abbiamo veduto l'esempio nella specie giudicata dalla Corte di Brescia. L'appellante contumace comparve, si difese, non gli fu imposto silenzio, ma ruppe nello scoglio della decadenza già incorsa, e nulla gli valse, nè potè afferrare la trattazione del merito, com'era l'intento suo.

E in ciò è tutto l'interesse del sistema da noi contraddetto. Penetrare nell'aula del tribunale alla vigilia della decisione sull'incidente; produrre *in qualunque tempo* il mandato, la sentenza, gli atti del primo giudizio, senzachè non avrebbe appoggio la sua censura, e passar oltre nel merito, come se l'articolo 489 avesse già avuto il pieno suo adempimento!

Ma ridotte le cose a questi termini, la controversia si viene spostando, e pare si allontani dal terreno della teoria contumaciale in cui si collocava da principio; poichè non si dice all'appellante, tu non puoi essere ascoltato a fronte della questione della decadenza: ma tu non puoi esser ascoltato *che nel giro ristretto dell'incidente*, e non puoi lanciarti nella difesa del merito, rovesciando nel salto gli ostacoli che alla prosecuzione del giudizio oppone la inosservanza dell'articolo 489.

Ora la questione ritorna o si condensa sulla importanza di questo articolo. Se non inchiude comminatoria; se nulla importa che il processo d'appello abbia la voluta istruzione nel termine dell'articolo 158, o alla udienza, in processo sommario, gli opponenti hanno ragione: ove al contrario la decadenza sia incorsa, gli opponenti hanno torto.

Non occorre ripetere le ragioni per le quali quest'ultima proposizione ha il carattere della evidenza. L'appello virtualmente non esiste più: il giudice pronunciando la decadenza non fa che *dichiarare lo stato di diritto*, ed è obbligato a dichiararlo quando l'appellato, accettandolo, ne acquisì a se stesso il diritto che risale a quel momento dopo il quale l'appellante non potè più riparare al suo difetto. Il contumace presentandosi in un tempo qualunque, può riscattare il suo diritto alla difesa, *ma alla condizione che la causa sia ancora difendibile;* che non sia terminata. Ne segue logicamente, che al suo comparire trovando l'appellante ristretta la controversia al punto incidente che è nel tempo stesso decisivo della pendenza appellatoria, dovendo rispettare la fase in cui la questione era già entrata prima della sua comparsa, non può convolare al merito, se non quando potesse superare la stretta che minaccia di togliergli, a dir così, il respiro.

Di passo in passo siamo giunti a vedere che dalla interpretazione dell'articolo 489 tutto dipende. Io mantengo le osservazioni che intorno a questo articolo ho fatte nel commento; sono fermo nell'ossequio della giurisprudenza della Cassazione di Torino, o generalmente delle Corti di merito del regno: per me l'articolo 489 non ha che una sola interpretazione. La comminatoria della decadenza o deserzione, poco importa il nome, è espressa colla formula: *se nel termine prescritto non saranno adempite le ingiunzioni dell'articolo, rigetta l'appello.* Lo spirito della legge, con tutto il rispetto delle altrui opinioni, non è meno manifesto. Abbreviare il corso del giudizio d'appello; obbligare l'appellante sui primi passi ad istruire per parte sua il processo; perciò a preservarsi dagli effetti di una sentenza che lo colpisce, gli sono imposti dei doveri inesorabili: tutte le procedure furono in questo severe; del resto se una legge d'ordine molto chiara potesse modificarsi, non lo sarebbe per favorire lo studiate manovre di un litigante.

(1) La deserzione o decadenza dell'appello non si pronuncia d'ufficio; dev'essere domandata od apposta; *ma il giudice non fa che dichiararla.*

Digitized by Google

GIUNTA XVII.

Sull'appello dalle sentenze proferite nei giudizi di spropriazione.

(Articoli 703, 704).

L'articolo 702 memorando sentenze che sono realmente pronunziate *in giudizi di spropriazione*, le dichiara inappellabili; tutte le altre sono appellabili, aggiungo il seguente articolo 703, ma nel termine di giorni quindici.

La soverchia generalità di quel rimando produsse, come doveva aspettarsi, la più tormentosa incertezza, poichè ci resta sempre a sapere: 1° in qual momento, da qual atto comincia la esecuzione; 2° se *esecuzione* e *spropriazione* siano la stessa cosa.

Manco male che qualche direzione parte dall'articolo 569, dal quale sappiamo che l'esecuzione sui mobili non comincia dal *pignoramento*. Pare doversene inferire che le sentenze relative alle opposizioni al precetto, specialmente in fatto di esecuzione mobiliare, siano appellabili per regola e non per eccezione; non nei quindici giorni, ma nel termine ordinario.

Io mantenni un'opinione nel commento agli articoli 703 e 704, nella quale in sostanza io rivendicava il principio dell'appellabilità delle sentenze: che se o si pretende non appellabile una sentenza, o appellabile in un termine eccezionale, ciò dev'essere espresso, nè mi pareva spingersi tant'oltre la eccezione scritta nei detti due articoli.

La nota che io tolgo dal *Monitore dei Tribunali* (1) mostra il dubbio e l'agitazione della giurisprudenza: intanto una nuova sentenza della Cassazione di Firenze (1° luglio 1867, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 235) vuole che il precetto anche in tema di esecuzione mobiliare sia atto esecutivo; e appellabile la sentenza nei quindici giorni secondo l'art. 704.

GIUNTA XVIII

agli articoli 695 e 699, e delle attinenze che hanno fra loro questi due articoli.

Pare nelle provincie meridionali si dubiti fortemente se gli articoli 695 e 699 abbiano fra loro siffatta attinenza, che quest'ultimo mutui dal primo le sue norme e i suoi termini, nella parte almeno non abbastanza lucida del testo. Intorno a ciò un giudizioso articolo producevasi dalla *Gazzetta dei Tribunali di Napoli*, che il *Monitore dei Tribunali di Milano*, riconoscendone l'importanza, ha ripetuto nelle sue colonne.

(1) In quel numero è stampata una sentenza della Corte d'appello di Milano del 5 marzo 1867, nella quale è stanziata la massima che *colla notificazione del precetto* (in fatto di esecuzione immobiliare) *deve ritenersi cominciata la esecuzione; epperò le sentenze emanate sulla opposizione al precetto stesso sono appellabili nel termine di quindici giorni, a senso dell'articolo* 703. Ma come la Corte di Milano in altra sezione trovò di pronunciare in senso contrario, così era avvenuto anche a quella di Torino, mentre essa pure, che colla sentenza ar citata, disse appellabili nel termine ordinario le sentenze emanate sull'opposizione o precetto di pagamento, e con altra sentenza 16 maggio 1865 (*Giurisprudenza italiana*, tom. II, pag. 232) l'aveva già professata, e con successiva 7 marzo 1867 (Ivi, tom. IV, pag. 310) l'aveva avuta a ratiabire; invece con decisioni 4 agosto 1864 (Ivi, tom. I, pag. 321) e 12 giugno 1865 (Ivi, tom. II, pag. 265) aveva creduto meglio di sancire l'opposto sistema. In questo si mise del pari la Corte di Parma (*Annali di giurisprudenza italiana*, tom. II, pag. 32) con sentenza 20 dicembre 1866, come indirettamente vi si chiari aderente anche la Corte di Milano colla sentenza recata a pag. 157.

Quantunque io sia determinato di non accogliere in quest'Appendice che alcuni fra i problemi più interessanti che l'esperienza nell'intervallo non lungo dall'attuazione del Codice ha suscitati, e non sia questo dei più gravi, poichè può parer tale, non sarà inutile qualche osservazione.

L'articolo 695 e il 699 sono divisi nel concetto, nello scopo e nella forma, e non si attraggono sotto verun rapporto. La legge guarda con una specie di diffidenza che la storia dei processi esecutivi giustifica, purtroppo, le *eccezioni di nullità* di cui sogliono essere fecondi. E di questo è prova il n° 3 dell'art. 702. O la legge sia mossa dal sospetto che l'eccezione di nullità intenda a differire l'incanto, o nella più semplice prudenza voglia prevenire le complicazioni, ha misurato il suo tempo. Per certo gli *atti del giudizio di spropriazione* cominciano da quelli della vendita, dalla citazione, dai bandi, e vanno a far capo a quella vendita o aggiudicazione definitiva nella quale la spogliazione legale del debitore si consuma. Il vocabolo *atti* nell'articolo 695 è usato genericamente e comprende eziandio gli incanti e le vendite provvisorie o condizionali che sono avvenute; ma il tenore di detto articolo fa chiaro, che il legislatore ha in vista quello stato del processo esecutivo ove pende un incanto, sia o no l'incanto definitivo, e porchè l'ordine stabilito non sia perturbato, ingiunge che la eccezione abbia a proporsi inesorabilmente quindici giorni prima, con termine a comparire di *cinque giorni*. C'è il tempo sufficiente a decidere l'incidente, a respingere una eccezione cavillosa, e lasciare all'incanto già denunziato al pubblico il suo libero corso.

L'articolo 699 non doveva armarsi di altrettanto rigore. Il legislatore protegge il diritto di proprietà; la sua protezione si estende a moltiplici interessi; a quelli del terzo proprietario i cui beni sono ingiustamente colpiti dalla esecuzione (interesse del rivendicante); a quelli dei futuri acquirenti che potrebbero essere esposti ai più grandi pericoli. Nasce dunque l'articolo 699 sotto altri auspicii. La legge non ha descritto d'avanzo il termine entro il quale si dovesse proporre la domanda. Poteva farlo con tutta franchezza a colui che aveva in saccoccia l'eccezione di nullità da proporre, che conosceva il fatto suo, e parve, ritardando, voler abusare del tempo. Non era ugualmente certo che il rivendicante fosse informato in ora così opportuna del proprio diritto. In presenza di una tale scoperta non era gran male la sospensione dell'incanto. Tuttavia l'uno e l'altro riflesso contemperando, la legge ordina che *l'udienza in cui va a proporsi l'intervento sia anteriore* a quella statuita per la vendita (*V.* ciò che si è detto nel commento agli articoli 699 o 700).

Versiamo dunque in tutt'altro ordine d'idee. Nè s'intende qual comunanza di termini ci possa essere fra gli articoli 695 e 699. Quello è fissato dalla legge, e questo sarà fissato dal presidente. Ma si domanda, qual termine? Se giova, ripetiamolo. La norma del termine è sempre quella degli articoli 147 e 148, con facoltà al presidente di abbreviarli, secondo l'articolo 154.

GIUNTA XIX.

Se nei giudizi di separazione personale fra' coniugi abbia luogo l'intervento dei procuratori.

(Articoli 807, 808, 809, 810).

Esponendo quegli articoli io mi pronunciai decisamente per l'intervento procuratorio (pagina 862), e non vi spesi parole fuor quelle ch'erano necessarie ad enunciare la massima. Mi pareva incontestabile.

Poi ho veduto uscire da quell'illustre e sapiente magistrato che è la Corte di Brescia una decisione conforme, e ne fui lieto (5 settembre 1866 (1), *Monitore dei Tribunali*, 1866, n° 46).

(1) Decisione pubblicata da qualche tempo, ma che non ebbi veduto o non ricordai mentre scrissi. La Corte corresse una sentenza del tribunale della stessa città.

Più recentemente il dotto suo estensore, accoppiando l'ufficio di scrittore a quello del magistrato, ha presa la penna svolgendo anche meglio quei principii, e di tali magistrati sapienti ed operosi io ne auguro molti al nostro Regno che ne ha bisogno. Io direi che non ho da aggiungere, e direi vero. Non ho altro scopo che diffondere la cognizione di una dottrina sì diritta e saggia, e cogliere come di volo l'argomento per additare la fecondità del principio.

L'instituto che il Codice descrive negli art. 806 e seg. ha due parti distinte; la prima necessaria, la seconda contingente e suppletiva, in vista di un evento che la legge allontana quanto può, come si allontana una domestica sventura alla quale prende parte tutto l'ordine sociale. Dall'806 all'808 si vede la pia opera del magistrato applicarsi nel silenzio del proprio gabinetto alla riconciliazione dei coniugi. Qui tutto è personale; il magistrato parla alle passioni, agli affetti, ai vizi scoperti e alle virtù latenti, il linguaggio della saggezza, della prudenza e dell'autorità paterna. Ogni estraneo perturba la intimità di simili colloquii che hanno per soli testimonii la coscienza e Dio. Nel suo ultimo periodo l'articolo 808 prevede che tutto questo non sia stato che un vano tentativo, e segna il passaggio alla contestazione giudiziale. Allora comincia il regno della giustizia che reclama i suoi diritti; la luce della discussione e la difesa tanto più ampia, quanto maggiori sono gli interessi che si aggruppano in simili giudizi. Fuori della *notificazione del decreto* (articolo 809) il modo a tenersi e il fatto della citazione che deve accompagnarlo, forme speciali al caso, non trovi del resto traccia di rito, e non puoi trovarla. La redazione del Codice sarebbe viziosa di continue ripetizioni se, quando gli *speciali procedimenti* del Libro III (così chiamati) rientrano nel sistema comune, si dovessero riprodurre le regole generalmente stabilite a quell'ordine di giudizi. L'articolo 810 è qui solo a significare che il tribunale pronuncia la separazione, ed è anche munito di facoltà provvidenziale. Dopo ciò sappiamo che la causa è di competenza del tribunale civile, ciò basta a dimostrare che l'intervento del procuratore è necessario. Sarebbe d'uopo che la legge avesse scritta una limitazione; e la limitazione sarebbe stata ontosa alla giustizia e alla libertà. Quale difesa farebbero i coniugi inacerbiti che non fosse uno scandalo! Non fu mai tanto necessario il ministero di procuratori.

GIUNTA XX.

Del travisamento o falso supposto in quanto sia deducibile come mezzo di cassazione.

(Articoli 517, 494, 498).

I.

Chi esponendo l'articolo 517 scrisse le cose che si leggono alla pag. 517, n° 2, non aveva nella mente sua preveduto che un'imperiosa necessità gli imporrebbe di far ritorno su questo tema.

Nel 25 febbraio 1867, in causa Merlini-Sermattei, la Corte di cassazione di Firenze pronunciò una sentenza (*Annali di giurisprudenza italiana*, vol. I, 1866-67, p. 176), nella quale è notevole la considerazione seguente: « Attesochè sia inammissibile il secondo motivo, col quale « si deduce che la denunziata sentenza cadde in un falso supposto di fatto; imperocchè, dove « anche il falso supposto di fatto sussistesse, non potrebbe utilmente dedursi avanti la Corte « suprema per ottenere la cassazione della sentenza, ma *dovrebbe dedursi avanti i tribunali « ordinarii per chiederne la rivocazione*, secondo il disposto dell'articolo 494, n° 4, del Co- « dice di procedura civile ».

Invero questo motivo che parte da un fatto che noi non conosciamo; questo motivo che respinge il mezzo dedotto dal ricorrente che doveva piuttosto dedurlo in via di rivocazione, per quanto avvisano le parole della sentenza, non ha nulla d'inconciliabile colle teorie che a me

Digitized by Google

parvero convenirsi cogli istituti della Rivocazione e della Cassazione; e avrei potuto aspettare che quella Corte, per dignità e per sapienza rispettabile ed onoranda, avesse in qualche specie meglio determinata manifestato più apertamente i suoi principii.

Ma ho motivo di credere che la erudita nota che accompagna quella decisione provenga da un giureconsulto di molta autorità ch'ebbe in animo di mettere in tutta la sua luce il concetto della Corte suprema; e se mal non mi appongo, vi è riuscito in modo che non è più a dubitare che, secondo le impressioni della Corte nel tempo in cui quella sentenza fu pronunciata, il mezzo che noi diciamo *travisamento*, e può meglio indicarsi con altra parola, non debba punto accettarsi in cassazione, e sia invece materia del giudizio di rivocazione. Ma il solo dubbio che una Corte suprema si disponga ad entrare in questa via e a misurare fra cotali limiti la propria missione, suscita le più grandi apprensioni nl considerare lo scisma profondo che si minaccia nella giurisprudenza stessa della Cassazione.

La nota comincia dal fare appello alla precedente legge toscana, ed osserva: « Di errori « e travisamenti del fatto la legge taceva; e fu la giurisprudenza che, nel difetto di qual- « siasi altro ordinamento di procedura, riparatore di siffatti errori, e appoggiata al testo ro- « mano *in L. illicitas* § *veritas Dig. de officio præs.*, ammesse il *falso supposto* come uno « dei motivi più efficacemente deducibile in Cassazione.

« E *falso supposto* v'era, secondo la giurisprudenza toscana, quando la denunziata sen- « tenza era incorsa in un errore materiale di fatto, o perchè avesse presupposto come vero « un fatto che dal processo era evidentemente escluso, o perchè avesse presupposta la inesi- « stenza di un fatto, la cui verità era invece dal processo evidentemente accertata. In amen- « due questi casi il giudicato per vizio di falso supposto soggiaceva a cassazione, semprechè « per altro il falso supposto si dimostrasse intuitivamente coi documenti stessi del processo, « o avesse esercitata influenza sulla decisione ».

Tutto questo io pure confermo poich'ebbi l'onore di sedere in quella Corte, imperando la legge toscana; e nulla in questo ci offende. Chiaramente si scorge che il falso supposto è surrogato dalla formula del n° 4 dell'articolo 494, *se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa.* E quindi fu ottimo consiglio di quell'alto consesso rinviare da sè cotali argomenti di nullità e restituirli alla giurisdizione competente, che è il magistrato della rivocazione.

Solamente mi sia lecito domandare perchè mai la Corte di cassazione si era impadronita della questione di fatto, sia pure del fatto materiale, accogliendo il motivo di falso supposto, se questo motivo non era scritto nel moto-proprio del 2 agosto 1838, che attribuiva alla Cassazione facoltà di annullamento? « Se la sentenza denunziata fosse stata proferita da un giu- « dice incompetente, o fosse applicata al caso una legge diversa da quella che doveva in- « fluirvi o non avesse data la giusta intelligenza alla legge applicata, o fosse incorsa nella « omissione di una forma sostanziale » (articolo 155). In queste parole della legge nulla vi era che autorizzasse la Corte ad annullare la sentenza che avesse fondato il suo ragionamento e la sua conclusione sopra un fatto erroneo e falso. Bisognava uscire dalle parole della legge, entrare nel suo spirito e nella sua ragione. Si annullava la sentenza non perchè viziosa nel fatto, ma perchè era viziosa nel diritto; perchè dov'è tradita la verità del fatto, non può esservi conclusione, nè giusta, nè vera, in diritto.

Basti questo cenno sul quale tornerò più avanti, e si prosegua la lettura della nota.

« Quello però che la Cassazione ritenne, introducendo ed ammettendo il falso supposto, non « fu esteso nè applicato mai, o almeno per la prevalente giurisprudenza, al *falso giudizio.* « Dove la dichiarazione di fatto era il risultato di un giudizio; dov'era questione e inda- « gine di volontà; dov'era questione di estimazione di prova; la Cassazione toscana riteneva « essere fuori delle sue attribuzioni il rivedere e sindacare le dichiarazioni del tribunale ordi- « nario; e lo riteneva quando anche il giudizio di fatto interpretativo od estimativo potesse « parere evidentemente erroneo ed apertamente contraddetto dal tenore del documento. Ba- « stava insomma che gli atti e documenti dei quali era stato dichiarato il concetto e il va- « lore, fossero stati avvertiti, e che nella loro materialità non fossero stati ritenuti in modo « diverso da quello che veramente erano, perchè non avesse più luogo il *falso supposto*, ma « si trattasse di *falso giudizio*, materia incensurabile in cassazione. In un solo caso anco il « falso giudizio soggiaceva a censura, quando cioè muovesse e fosse influito da *falso prin-* « *cipio di diritto*, nel qual caso la Corte toscana cassava la dichiarazione di fatto non per « se stessa, ma per la falsità del principio giuridico che ne costituiva un illegittimo elemento.

Digitized by Google

« Ora per le premesse cose è manifesto che il vizio del falso supposto, quale definivasi « dalla giurisprudenza toscana, e si ammetteva come motivo di cassazione anteriormente al « 1° gennaio 1866, risponde esattamente a quel vizio per cui oggi, in virtù del nuovo Codice « civile italiano, le sentenze possono esser rivocate dalla stessa autorità giudiziaria che le « ha proferite (articolo 494, n° 4, e 498). E poichè è regola fondamentale di procedimento « che non si ammette ricorso in cassazione finchè le parti abbiano dalla legge altri rimedii « per farsi render giustizia, così giustamente la Cassazione di Firenze, in questa ed in altre « decisioni, ritenne che dopo l'attivazione del nuovo Codice di procedura civile non sia più « luogo a dolersi di falso supposto per via di ricorso avanti la Corte suprema, ma sibbene a « chiedere per questo vizio la rivocazione delle sentenze avanti i tribunali ordinarii ».

La Corte di cassazione di Firenze ha poi messo del tutto in aperto la sua teoria nella sentenza del 31 gennaio 1867: eccone le parole. « Attesochè quanto al *travisamento* degli « atti della causa nell'interpretare l'azione che diè movimento alla lite, e di alcuni altri fatti, « la Corte suprema non ha podestà di conoscerne perchè eccederebbe la prerogativa che è « designata dalla legge. E invero l'errore di fatto non può derivare che da una presuppo- « sizione o da un giudizio. Quando derivi da una presupposizione, è motivo di rivocazione. « Quando derivi da un giudizio, e la sentenza sia proferita in grado d'appello, allora non « ammette rimedio nemmeno in cassazione, essendo ufficio della Corte suprema giudicare la « definizione giuridica del fatto, non la sua dichiarazione, la quale deve ritenere come ve- « rità incontestabile, quando non abbia la sua premessa in un errore di gius che abbia vi- « ziato il discorso della sentenza, nel qual caso la Corte suprema riprova quell'errore cas- « sando la dichiarazione di fatto da cui è inseparabile ».

Anche qui una *nota* ingegnosa viene a sostegno del principio così ampiamente adottato dalla Corte suprema di Firenze, e dice: « Questa decisione, negando che sia motivo di cas- « sazione il *travisamento*, salva questa istituzione dal degenerare in terza istanza. Questa « degenerazione difatti può dirsi manifesta quando si ammetta nella Corte suprema la pre- « rogativa di censurare il giudizio di fatto per l'*errore intuitivo ed evidente*. Siccome la con- « vinzione suppone la evidenza, quante volte la Corte suprema fosse convinta dell'errore di « fatto, altrettanto dovrebbe cassare. Ma tanto è evidenza quella che ci risulta dal tenore « di un documento, quanto quella che acquistiamo dal tenore di molti. In amendue i casi, « quello che scopre l'errore non è il senso, ma sì la ragione, e la sola differenza tra essi « consiste nel grado di sforzo di questa facoltà. Perciò, stando al criterio della evidenza, la « Corte suprema dovrebbe cassare per errore di fatto quando la terza istanza rivocherebbe, « ossia convertirsi in terza istanza.

« Per evitare questa degenerazione, la teoria del travisamento dice in sostanza: = Se per « scoprire l'errore di fatto basta poco raziocinio, la Corte suprema cassi la sentenza; se fu « necessario molto raziocinio, rispetti l'errore come verità. = Ma qual è il limite che separa « il molto o il poco raziocinio? Chi non sa che quello che costa sforzo ad un intelletto poco « veggente è intuitivo ad un più veggente? Chi non vede in quali ambagi, in quali incertezze « e in quale arbitrio conduce un tale sistema? E quanto sia irrazionale che la competenza « della Corte suprema a giudicare della questione di fatto dipenda dal modo con cui è stata « decisa dalla maggiore o minore perspicuità dell'errore commesso dalle sentenze denunziate, « ossia dal grado di quell'errore?

« Sembra perciò anche a noi che la evidenza dell'errore di fatto sia buona ragione perchè « venga corretto dal tribunale ordinario, non che possa esserlo dalla cassazione. Ossia che « quella evidenza non possa mai esser criterio della competenza della Corte suprema e con- « dizione di un rimedio ».

II.

Noi accettiamo colla distinzione delle idee anche la nomenclatura, poichè quivi i Toscani sono nel loro regno. Il *falso supposto* ha la sua definizione corrispondente nell'ultimo periodo dell'articolo 494: è *l'errore di fatto* che manda i litiganti avanti gli stessi giudici *in sede di rivocazione*. Siamo perfettamente d'accordo. E pure contenti di collocarvi a termine di opposizione il *falso giudizio*, poichè a differenza del primo vi è veramente errore di giudizio, quando il fatto non è sfuggito o dimenticato, ma fu contemplato dalla mente in un modo qualunque,

Digitized by Google

Si potrà credere che l'ufficio della Cassazione non possa estendersi sino a censurare i *falsi giudizi* delle Corti di merito che sono fondati nella inversione e contorsione dei termini più evidenti di un contratto; ma mentre si nega questa facoltà alla Cassazione, si sente che sarebbe cosa molto utile alla giustizia il poterglicla accordare, e si pensa che qualche altro rimedio potrà trovarsi nella legislazione giudiziaria, che dovrebbe aver provveduto a questo disordine. Noi vediamo con piacere che l'egregio redattore della *nota*, dopo aver detto non potersi invocare il criterio della evidenza come quello che è sempre relativo, finisca col riconoscere che vi è un tal grado d'evidenza (1) che mette al nudo l'*errore di fatto*, onde viene in queste parole: « Pare anche a noi che *l'evidenza dell'errore di fatto sia buona ragione perchè « venga corretto* ». Si finisce cioè coll'ammettere una evidenza assoluta che, come criterio discernibile, può servire di scorta a determinare una giurisdizione che *corregga l'errore di fatto*.

Ma ritenuta la *evidenza dell'errore di fatto* quale criterio di ricorso al *tribunale ordinario*, aggiungesi però che *quella evidenza non può mai essere criterio della competenza della Corte suprema e condizione di un rimedio*. Qui non c'intendiamo, o invero è fuor di luogo la questione della competenza. Uno dei cardini della competenza della Corte suprema è la querela della *violazione* o *falsa applicazione della legge;* e la legge è violata e falsamente applicata quando un errore evidente fu la base del giudicato. La legge non poteva farne la *condizione di un rimedio*, ma il giudizio della violazione e della falsa applicazione è nel proprio e naturale attributo della Corte suprema che la viene investigando sotto tutte le forme con cui si può violare il diritto. Ma ciò che resta a sapere si è perchè *quella evidenza* che dovrebbe costituire un tribunale, sia pure ordinario, vindice dell'errore di fatto, non sia più evidenza quando si tratta della Corte di cassazione, a rilevare la viziosa sorgente da cui deriva l'errore di diritto.

Sfortunatamente la *rivocazione* non può invocarsi a rimedio di simili errori; molto meno vi ha tribunale che possa ripararvi in sede ordinaria.

Se la nostra non è una illusione, ci pare di aver descritti nel commento i veri caratteri del giudizio di revocazione e di avere ritratto nei precisi suoi limiti l'articolo 494, n° 4. La rivocazione o ritrattazione è giusta, è possibile solo per questo, che il tribunale *è stato ingannato* (dolo delle parti), o *si è ingannato* (errore materiale di fatto) emettendo il suo primo giudizio. Si appella allo stesso giudice meglio informato, meglio illuminato dalla verità che gli è materialmente mancata. In tutto, il suo giudizio fu *involontario;* egli non lo avrebbe reso in quel modo se avesse conosciuta la verità. Si disse ottimamente che l'errore materiale dell'articolo 494 equivale nelle sue cause e nei suoi effetti all'antico falso supposto toscano. È dunque manifesto che quello che chiamasi *falso giudizio*, quantunque scaturente da errore di altro genere, ma non meno evidente, se non trova riparo nel giudicato della Corte suprema, non può da verun'altra autorità sperarlo.

In che differiscano queste due forme dell'error materiale, si comprende pure senza difficoltà. Se negli atti esiste la prova del pagamento e il giudice non la vede o la dimentica e condanna, non resta che tornare a lui, e additargli il documento; in sostanza il suo giudizio è ancora vergine. Se una data è stata letta diversamente da quello che suona, 1835 invece di 1855, e si è perciò dato luogo alla prescrizione, basterà richiamarvi l'attenzione del giudice, ed è naturale ch'esso in coerenza a' suoi stessi principii cangierà la propria decisione. Sono *sviste*, come suol dirsi, e la volontà non vi ebbe alcuna parte (2). L'errore invece onde nacque il falso giudizio sindacabile in Cassazione, è proprio della mente; ma nell'ordine intellettuale ha quel carattere di evidenza che l'altro ha nell'ordine materiale.

Si professa il più grande rispetto per la indipendenza dei giudizi delle Corti di merito nelle decisioni di fatto, ma è impossibile concedere ad esse due arbitrii senza rendere illusoria la istituzione della Corte suprema: 1° quello d'invertere il fatto materiale e di asserire che un fatto esiste quando non esiste; 2° quello di attribuire agli atti del processo, o ai contratti, caratteri diversi da quelli che sono loro proprii: definire verbigrazia che un contratto è una vendita quando è una donazione. La teoria assoluta, effrenata, senza limiti, dell'arbitrio delle Corti di merito nelle questioni di fatto, produrrebbe tali risultati.

(1) Se così può dirsi, mentre la evidenza è sempre una, come diremo più avanti.

(2) Trattasi nondimeno di dover cambiare la sentenza. Havvi poi un'altra specie di errori insinuatisi in una sentenza, e sono quelli indicati nell'articolo 473, che possono correggersi sulla sentenza stessa, consenzienti le parti.

Digitized by Google

Prendo un esempio a caso fra i tanti giudicati della Cassazione di Torino. In questione di distribuzione di acque irrigue nella stagione estiva, una Corte, colla scorta del patto in cui si stabiliva il metodo della distribuzione, ordinava dovesso procedersi in un dato modo. La Corte disse che i patti devono osservarsi. Ottimamente. Ma per disgrazia aveva letto male — poichè il patto non regolava che le distribuzioni invernali, e dall'orario invernale all'estivo vi è una differenza enorme. La sentenza fu annullata per travisamento della convenzione (1).

La Corte d'appello di Napoli aveva ritenuta valida l'alienazione di un fondo dotale fatta dai coniugi Sparano nel 1851. Quella Corte fra gli altri argomenti adduceva la esistenza di una dichiarazione risultante dall'istrumento di dote, di volersi i coniugi conformare alle consuetudini, mentre la moglie riservavasi la facoltà di alienare i fondi dotali. Anche questa Corte aveva letto male. La Corte suprema di Napoli annullò la sentenza per le seguenti considerazioni: « La Corte *snaturò il fatto* quando disse che gli sposi eransi sommessi alle « consuetudini, e che la Cereale si era riservato il diritto di vender i suoi beni. I con« traenti riferivansi all'uso di Capuano e Nilo relativamente *all'assicurazione e restituzione* « *della dote*, il che nulla ha di comune coll'alienazione dei corpi dotali in costanza di ma« trimonio. Nell'istrumento del 1805 non eravi verbo rispetto alla supposta facoltà di ven« dere. Difatti ivi leggesi: = Beninteso che l'apposto patto di restituzione non debba in « modo alcuno ad essa Cereale ostare onde possa di quella dote disporre secondo dalla legge « le viene permesso. = Codesto patto evidentemente si collega al precedente circa l'uso di « Capuano e di Nilo, per cui non riguarda l'alienabilità della dote. *Se è vero che in causa* « *jus est positum, manca al suo cómpito il magistrato che sconosce la reale posizione delle* « *cose e il tenore delle stipulazioni* » (2).

La Cassazione di Palermo annullò una sentenza che aveva supposto che le parti contendenti *fossero d'accordo* sopra un fatto importante della causa (3), facendo quest'osservazione, « che avendo la Corte ritenuto un fatto inesistente, e *dichiarata la esistenza di un accordo* « *dov'eravi contrasto*, non fu la causa giudicata *secundum acta et probata*, e s'incorse in un « manifesto eccesso di potere, per causa del quale conviene che la sentenza sia annullata » (4). Altra sentenza denunciata che aveva creduto nella esistenza di una confessione giudiziale venne pure annullata dalla stessa Corte di cassazione, che disse immaginaria la confessione dalla Corte di merito supposta (5).

Ho tolto codesti esempi, come si vede, dalle tre Corti supreme (6), per mostrare il loro accordo nel principio, ed anche per farvi intorno qualche ragionamento.

Nel punto di vista del contrario sistema, quando la sentenza denunziata legge quello che non è scritto, o legge al rovescio di quello che sta scritto, e ragionando discende perciò a conclusioni, e adotta corollarii di diritto manifestamente opposti alla convenzione, e contrarii alla logica, alla verità, alla giustizia, la Corte regolatrice deve dissimulare, tacere, lasciar andare per non violare il dominio del fatto che appartiene tutto intero al magistrato di merito, compresovi, se occorra, il monopolio della menzogna.

Similmente il tribunale di merito può dire che in atti vi è una confessione giudiziale quantunque non sia vero; può affermare che vi è una rinunzia alla lite quando l'atto da esso qualificato per rinunzia non è che una difesa.

Ognun vede che non sono questi *gli errori* per riparare ai quali si apra un ricorso in sede di rivocazione; mentre in fine non sono che *falsi giudizi*. Altro è il presupporre che non esista un documento e giudicare nel supposto della sua inesistenza; altro è prenderlo ad esame, e intenderlo precisamente al rovescio di quello che suonano le parole. Ciò non parrebbe credibile, perchè basta la più mediocre attenzione a schivare questi dolorosi e strani aberramenti dei tribunali; ma la esperienza è là per accertare che la cosa è credibilissima e frequente.

Le risposte che veniamo a dare alle obbiezioni potranno meglio chiarire la teorica.

---

(1) Traversi - Dalla Valle, sentenza del 21 marzo 1866 (*Giurisprudenza italiana*, continuazione del Bettini, 1866, col. 167.

(2) Sentenza del 3 febbraio 1866 (*La Legge*, 1866, n° 38).

(3) Decisione del 21 febbraio 1866 (*La Legge*, 1866, n° 55).

(4) A parte la formula, questo non è che il travisamento.

(5) Cassazione di Palermo, 30 gennaio 1866 (*La Legge*, 1866, n° 42).

(6) Lasciata quella non meno rispettabile di Firenze, che sembra volersi dividere da noi su questo punto.

Digitized by Google

III.

Per due cause noi riteniamo viziosa e sindacabile la dichiarazione del fatto, secondo i cenni dati superiormente: 1° *ove la base del fatto sia evidentemente errata*; 2° *ove la dichiazione, sebbene in apparenza riguardi il fatto, non sia che un giudizio di diritto.*

È forse il principale argomento dei valorosi propugnatori della *terza istanza*, non potersi per umano sforzo discernere talmente e disgregare nelle contenzioni il fatto dal diritto, che uno di codesti emisferi rimanga come in dominio dei magistrati di merito, e l'altro più elevato, indipendente, quasi fuori dei contingenti, l'emisfero dell'ideale giuridico e della ragione, sia riservato alle escursioni speculative della Cassazione. Che l'argomento si consideri poco o molto pernicioso a questa istituzione, e faccia desiderare la *terza istanza*, ciò non mi riguarda, poichè non difendo l'istituto della Cassazione, ma ho la pretesa di dimostrare ciò che esso è. Che in gran numero di contingenze non possa il diritto separarsi dal fatto, mentre in altri aspetti può separarsene completamente, dirò alla semplice e come il lungo uso mi detta.

Ogni volta che la Cassazione è chiamata a decidere intorno l'applicazione del diritto al fatto, è manifesto che la relazione fra il diritto e il fatto sussiste e rimane come fra due termini che si riuniscono per avvalorare un postulato che altrimenti non avrebbe ragione di essere. Io parlo *di fatto giuridico*, del fatto cioè che genera il diritto; onde l'assioma *ex facto oritur jus*. Noi abbandoniamo il fatto al giudizio indipendente dei tribunali di merito; lo riceviamo da essi come vien posto; ed è solamente il rapporto di diritto che dobbiamo esaminare. Le parti hanno stretto fra loro un contratto di compra-vendita e pattuite reciproche garanzie; anche il fatto fu materia di lunga contesa avanti i magistrati del merito, ma finalmente la volontà dei contraenti, il consenso prestato, i termini della convenzione vennero dichiarati: la Corte suprema non deve occuparsi che di vedere se le applicazioni di diritto siano giuste. Quantunque il fatto sia immutabile, è però sempre il fatto che governa la dichiarazione di diritto onde si forma un tutto inseparabile, poichè il diritto prende dal fatto qualità, norma e ragione di essere.

Da questo avviene, come dichiarerò in appresso, che se gli elementi costitutivi del fatto, anzichè puramente storici, siano essi medesimi giuridici, sono tolti in esame dalla Corte suprema; onde la congiunzione del fatto col diritto diviene a così dire più intima e sostanziale.

Sott'altro aspetto il diritto è realmente ed assolutamente diviso dal fatto. Come deve intendersi, come deve interpretarsi il tale articolo di legge? Ciò è teorico, astratto, scientifico, e non si attiene a fatto di sorta.

Quest'ufficio elevato, mediante il quale la legge si considera come un puro concetto dello spirito, niuno contrasta alla Corte di cassazione; ma quando le è necessario di scendere nella officina, per così esprimermi, del fatto, per vederlo, conoscerlo, se non per fabbricarlo, fa sgomento in certo modo il suo potere; si teme ch'esso trascenda; talchè per lo sospetto che la Cassazione sia per *degenerare in terza istanza*, si vorrebbe privarla di quella libertà di movimento di cui dev'esser fornita per isvolgere compiutamente la propria azione.

Potere della Cassazione quando la base del fatto sia evidentemente errata.

La Cassazione col ristabilire il fatto, ristabilisce l'autorità del principio giuridico.

I patti sono leggi fra i contraenti: *pacta servabo*, è un principio di diritto: la osservanza dei patti è posta sotto la protezione della giustizia come qualunque altra relazione giuridica (articolo 1123 del Codice civile).

È lecito alla Corte di merito interpretare il patto, ma non è lecito negarlo, capovolgerlo, distruggerlo; e con questo invertere e deludere le conseguenze di diritto. Che differenza vi ha fra negare il fatto e negare il diritto? Se esaminando un istrumento di vendita dite che non vi è patto risolutivo, quantunque allegato dall'attore, e quantunque il patto risolutivo vi si trovi scritto; e per conseguenza respingete l'azione intentata, non equivale ciò forse per gli effetti, al giudizio erroneo di diritto, come se aveste detto che il patto è bensì stipulato, ma nonostante lo ritenete invalido a partorire l'azione?

E se il tribunale respingo una eccezione di declinatoria perchè, secondo esso, non presentata prima di ogni altra difesa di merito, dichiarando non sussistere il fatto opposto dal convenuto, che stando nel vero, protestava l'eccezione di merito essere posteriore e subordi-

Digitized by Google

nata (1), e se il fatto risulta a vista d'occhio dal processo come il convenuto sostenne, non è forse violato il contratto giudiziale e il principio che lo governa?

Perciò quando in cassazione si allega il travisamento, esso è denunciato come la flagrante violazione di un articolo o di un principio di legge, e la Corte giudica coll'appoggio di una legge, e permanendo nella regione dei principii.

Potere della Cassazione quando la dichiarazione, sebbene in apparenza riguardi il fatto, non è che un giudizio di diritto.

Nei giudizi non viene in considerazione che il fatto giuridico (2); quando adunque diciamo che il tribunale di merito giudica il fatto, intendiamo il fatto giuridico, o tale che si annette ad un fatto giuridico, in esso assimilandosi. Da ciò quell'azione immanente della Corte suprema che si stende, si direbbe, virtualmente, nell'emisfero del fatto, e la vera difficoltà di segregare le attribuzioni dei ministeri giudiziarii. Nondimeno una distinzione può anco esser posta teoricamente. Nel giudizio dei fatti giuridici havvi una parte *soggettiva, e che appartiene totalmente alla convinzione*, e questa è nel dominio dei magistrati di merito: la interpretazione della volontà dei contraenti, e la esistenza stessa dei fatti storici di dubbio valore, e non contraddetta da materiale evidenza. Havvi una parte *oggettiva* e *pertinente al diritto*, nel giro della quale il fatto si qualifica dal diritto. La Corte di merito ha stabilito che fu intenzione delle parti di recedere dal contratto e di fare una novazione. È questa una verità che la Cassazione deve riconoscere. La Corte di merito da tale volontà deduce la conseguenza che la novazione esiste. Ma chiaramente è questo un fatto giuridico implicato di elementi di fatto e di elementi di diritto. Ha per base la volontà, il consenso libero, senza di che i requisiti giuridici non sarebbero che vane apparenze. Ma lo stesso consenso non basta. La legge determina certi caratteri nei quali è riconoscibile la novazione (articolo 1267 del Codice civile). Più, ha dichiarato che certi fatti non partoriscono la novazione. Così se la Corte di merito ha stabilita la esistenza della novazione in un caso conforme a quello previsto dall'articolo 1271, la dichiarazione di fatto è censurabile, perchè respinta dal diritto che in quel caso non la riconosce.

Io comprendo che nei termini di questa teoria non vi può esser discordanza, ma mi sono permesso di credere che non fosse praticamente inutile condurre sino a questo punto il mio discorso. Del resto, e rimettendomi sul tema del *travisamento*, io faccio osservare che i limiti del ministero di merito e di quello della Cassazione *non sono positivi, ma razionali*. Non vi è alcuna legge la quale ci ammonisca: fin qui si può andare, e qui bisogna fermarsi. E debbo dare anche un'altra volta ragione a quelli che sostengono la naturale intimità del fatto col diritto. Valga dunque la ragione e il consenso generale della giurisprudenza e degli uomini lungamente esercitati in questa materia. La Cassazione non deve degenerare in terza istanza, pienamente d'accordo, ma deve essere posta in quelle condizioni che sono necessarie per compiere la propria missione, riparatrice delle violazioni di legge. Ho già dimostrato che lo storcimento e negazione dei fatti storici evidenti inchiude il pervertimento dei rapporti di diritto, o quindi la più flagrante, e dirò ancora, la più vergognosa negazione del diritto.

Ma come si fa a conoscere questo errore? Dall'intuito, dall'evidenza. Se questo vi si concede, dicono i contrari, è finita per la indipendenza dei giudici del merito; poichè quella medesima evidenza che convince i signori della Cassazione della esistenza di un errore materiale, li convincerà ugualmente di ogni altro errore di criterio commesso dai giudici; onde avranno strada fatta per entrare nei dominii dei tribunali di merito, e si pianteranno sovra essi, veri tribunali di terza istanza.

Per non cader vittima, ci si perdoni la frase, di un sofisma, lasciamo primieramente al buon senso distinguere una cosa dall'altra. Vediamo come a due diverse manifestazioni del tribunale rispondano due diverse sanzioni della Corte suprema.

Nasce contestazione sulla intelligenza di un contratto o di più contratti; il magistrato ordinario li esamina, ragiona, esprime la sua convinzione, decide. Il giudizio, se non è viziato in diritto, è perfettamente autonomo. Niuno vuol ricercare se la convinzione sia bene

(1) E ciò esclude l'*azione in revocazione*, sendochè *il punto è stato controverso* (articolo 492, n° 4, in fine).

(2) Fatti che generano diritti e obbligazioni; fatti contemplati dai Codici, composti di elementi o frammenti storici, come tutti i fatti, ma ravvivati e divenuti obbligatorii dalla forza del volere umano, protetto dalla legge.

Digitized by Google

o male fondata; non c'è altra convinzione che voglia o possa misurarsi e lottare con essa. Vedete intanto che su questo compreusorio immenso dei fatti non è temibile la invasione della Cassazione.

Ma il magistrato ordinario fa un'altra cosa. Esamina i contratti sottoposti al suo giudizio; ma nello stesso tempo manomette la verità letterale di uno o più patti interessanti e decisivi. Si tratta primieramente di conoscere se vi è un contratto di compra-vendita. Stabilito che il contratto sussiste, si tratta del pagamento del prezzo che il venditore richiede immediatamente. Il magistrato ordinario dichiara la esistenza del contratto; è la sua convinzione: questa sua convinzione si rispetta. Quanto al prezzo, non senza indicare e riferirsi ai termini del contratto come doveva, dichiara che deve pagarsi subito. Ma che? Nel patto decimo si trovano scritte condizioni di tempo, quali prevede l'articolo 1508 del Codice civile; e la questione del travisamento è recata alla Corte suprema. Pare a voi che l'uffizio dell'interprete possa giungere sino a distruggere o falsare il documento, che è poi tutt'uno?

Ebbene, è questa facoltà riparatrice che reclama come proprio diritto la Corte di Cassazione, affinchè un altro magistrato di merito si occupi del patto manomesso e guasto, e renda piena giustizia.

Ammettiamo o no che si possano correggere gli elementi giuridici della convinzione, senza però volersi imporre alla convinzione medesima? Rapporto agli elementi della convinzione è forse in arbitrio del giudice il comporseli a modo suo? Se il giudice fosse convinto che esiste una compra-vendita, oziandio mancando il prezzo, una tale convinzione sarebbe accettabile, solo perchè è una convinzione? Ora non contate voi il patto, suprema legge fra i contraenti, come un elemento giuridico? Se mi guastate un articolo, la Cassazione dice che la vostra interpretazione è travagliata da un vizio interno che le toglie vigore; e se mi lacerate la lettera della convenzione, dite che bisogna lasciar fare: la verità ci si presenta ugualmente chiara nell'un caso o nell'altro; la ingiustizia è ugualmente palese; ma in questo caso, si risponde, non è che un inconveniente del sistema, e come tale è forza tollerarlo! Invero, se ciò fosse, buono argomento avrebbero in mano gli avversarii della Cassazione che la stimano una orgogliosa vacuità, non occupandosi che di astrazioni, e nulla curando l'interesse reale ed effettivo delle parti.

Domando ancora licenza di osservare che si è abusato della parola *convinzione*. Noi sogliamo chiamare convinzione quello stato della coscienza che, applicandosi a conoscere una verità di fatto, crede di averla trovata. In diritto le verità non sono soggettive, ma oggettive. La Corte suprema vede la soppressione o negazione di un patto, come vede la soppressione o negazione di un articolo di legge. Essa percepisce la differenza che passa fra la convinzione dell'interprete e l'abuso che l'interprete fa degli elementi di fatto, che sono infine elementi di diritto, col negarli o falsarli. È sempre *la ragione* che giudica; ma una ragione che intende se stessa, e concepisce senza confusione i diversi uffizi a cui è chiamata.

Ed io non so perchè, e con quale scopo, si voglia ridurre a tale condizione d'impotenza la Corte suprema a fronte delle verità più certe e degli abusi più manifesti, quasichè non si lasciasse in tal modo ai magistrati del merito la più sfrenata podestà di doridere i responsi della Cassazione, solo che pongano il sì in luogo del no, e ad un patto che obbliga sostituiscano una assoluzione immaginaria. Insomma si vuole spogliare la Corte suprema de' suoi più necessarii attributi per vestire i giudici di merito di un potere illimitato, per lo sospetto che la Cassazione non degeneri in terza istanza. Ciò abbiamo veduto non essere possibile: del rimanente, ci battiamo noi sul terreno della verità o su quello dei sistemi? È forse un male se, mancando la garanzia dei tribunali di terza istanza e del secondo appello, la Cassazione abbia dei poteri sufficienti onde non lasciar trionfare errori funesti, condannati dalla ragione e dalla coscienza universale?

Io che espressi la dottrina e le mie opinioni nel commento, avrei potuto omettere questa aggiunta o farla assai più breve, se la obbiezione si fosse sollevata da tutt'altro luogo che da una Corte suprema; o più, dalla Corte suprema, ed altamente rispettabile, che siede a Firenze. Confesso che ho tremato per l'avvenire della istituzione.

Digitized by Google

GIUNTA XXI.

Sul segreto delle deliberazioni.

(Art. 357, 358, 361, n° 1).

L'articolo 195 del Codice di procedura sardo del 1859 diceva: *La votazione si fa in segreto, coll'intervento dei soli votanti.* Identico è il dettato dell'art. 358 del Codice presente nel suo primo periodo, ma invece di *votazione* si dice *deliberazione.*

Di recente la Corte di Cassazione di Torino ha proferito sulla sorte di una sentenza nata sotto l'impero del passato Codice, che imprudentemente aveva esposta la votazione in questo modo, *ad unanimità di voti.* La sentenza è stata annullata perchè la Corte suprema ha veduto in quella formula *rivelato il segreto della votazione*, chiaro dicendosi che tutti i giudici hanno votato in un senso (causa Durutti-Gagliardi, 25 aprile 1867, relatore Gervasoni).

Non mi fermerò su questa decisione; mi basti osservare che l'articolo 197 conteneva la sanzione di nullità per la violazione precisamente dell'articolo 195.

Speriamo che i nostri giudici, ammoniti dalla poco lieta ventura di quella sentenza, non avranno nessuna propensione di aggiunger clausule e dichiarazioni pericolose, contenti al dire e al far quello che la legge loro impone, che non è poco. Tuttavia un cenno può farsi sull'articolo 358.

La parola *deliberazione* ha surrogato la *votazione.* Io credo che nel Codice anteriore si volesse infine esprimere la stessa idea, ma ora si è fatto più esattamente. La *deliberazione* è il risultato della votazione, e per questa l'articolo 358 prescrive norme d'ordine interno. È rimarchevole però che questa disposizione non è più difesa dalla sanzione di nullità. Il n° 1 dell'articolo 361 dichiara che *la sentenza è nulla, se siasi violato l'articolo* 357: e del 358 non si parla. L'articolo 357 potrebbe sembrare di maggiore gravità; esso concerne le persone dei giudici e il numero dei votanti; l'intrinseco dell'atto; la podestà del giudizio. Ne segue forse che possa violarsi impunemente l'articolo 358?

L'idea dominante dell'articolo 358 è che *la deliberazione si faccia in segreto;* il che significa fra i soli giudici, nella calma o nel raccoglimento; e non fra il tumulto della pubblicità. È sotto questo rispetto che la condizione del *segreto* deve ritenersi essenziale alla deliberazione.

La nullità non essendo *dichiarata dalla legge*, emana dall'articolo 56, capoverso 1°. Io convengo che la redazione di questo articolo non è perfetta (*possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono la essenza*). Il dettato non giunge sino a comprendere quegli atti *la cui formazione* è posta sotto la più severa custodia della legge. Suppone atti di parte; atti già formati e di costruzione imperfetta: tanto è sotto ogni aspetto difficile scriver bene un Codice di procedura civile! La *deliberazione* non è un atto materiale che presenti alla censura una forma viziosa. Piuttosto deve dirsi che se la deliberazione si è fatta *in pubblico*, essa nacque in condizioni che la legge reputa contrarie alla sua libertà; le mancò l'elemento vitale.

Per quanto riguarda la nullità, non credo che una *deliberazione civile* esiga quello scrupolo che si osserva in una deliberazione di giurati; che ogni comunicazione sia interdetta; che la presenza di persona non votante produca nullità, benchè ciò non sia regolare. Il *segreto* ha qui un senso meno rigoroso; sta in opposizione alla *pubblicità*, che è il requisito dell'udienza.

Se l'ordine della votazione non è tenuto; se la sentenza porta la dichiarazione della unanimità, tutto questo è pure irregolare: ma la sentenza non sarà nulla. Bisogna tener conto della modificazione portata dal nuovo Codice.

GIUNTA XXII.

Sulla forma dei ricorsi e controricorsi in Cassazione.

(Articolo 522, 523, 524 e seguenti).

Dopo la pubblicazione del Codice di procedura la giurisprudenza delle Corti supreme ha avuto occasione di risolvere non pochi dubbii all'oggetto della regolarità dei ricorsi di cassazione, sicchè reputo interessante raccoglierne i responsi, in via di massima e di autorevole commentario a quegli articoli.

1. Quantunque dall'atto del ricorso non risulti espresso il *domicilio* o la *residenza* del ricorrente, basta che se ne trovi l'indicazione negli atti e documenti annessi al ricorso (Cassazione di Torino, 2 aprile 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 20).

2. La elezione di domicilio a tutti gli atti giudiziarii, statuita in un contratto, estende la sua efficacia eziandio alla intimazione del ricorso in cassazione (Cassazione di Torino, 21 dicembre 1866; *Monitore dei Tribunali*, 1867, n° 2).

3. Secondo l'articolo 525 *l'atto di notificazione è scritto, e sottoscritto dall'usciere nell'originale e nella copia*. La parte prima di questa disposizione non è di rigore. Quindi se l'atto di ricorso porta la firma dell'usciere *tanto sull'originale che sulla copia*, è valido (Cassazione di Torino, 29 maggio 1867, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 224, Firenze) (1).

4. Il ricorso che s'interpone da sentenza, pronunciato in giudizio di graduatoria, deve notificarsi a tutti i creditori, anche a quelli graduati posteriormente al credito del ricorrente, considerandosi l'interesse collettivo e la causa individua (Cassazione di Torino, 11 luglio 1866, *La Legge*, n° 73).

5. L'articolo 469 essendo pure applicabile ai ricorsi in cassazione, ne seguita che può farsi luogo alla *integrazione del giudizio*, citando cioè le altre parti, benchè scaduto il termine ordinario (sentenza suddetta) (2).

6. Il *termine* per ricorrere in cassazione decorre dalla notificazione della sentenza che si vuole impugnare (articolo 518); s'intende dalla *notificazione fatta ad istanza dello stesso ricorrente* (suoi autori o aventi causa) e non da quella fatta da un terzo che non avesse interesse in causa (Cassazione di Torino, 27 dicembre 1866, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 213, Firenze).

Nella specie il termine era caduto, atteso l'essersi già fatta la notificazione della sentenza da chi aveva interesse per farla in opposizione a quello del ricorrente. In ordine alla parte che si trovava così regolarmente posta in faccia alla legge, niun dubbio che il termine avesse cominciato a decorrere da quel punto. Questione se la notificazione eseguita ad istanza di *altro interessato* avesse prorogato il termine a profitto di chi aveva interesse a ricorrere. Ciò potrebbe ritenersi *in causa individua*, *o nella solidarietà dei diritti*: non mai in causa dividua, ove gli interessi sono distinti. Era poi abbastanza assurdo pretendere che la notificazione fatta *da un terzo senza interesse*, e riconosciuto estraneo al giudizio, avesse potuto influire sui rapporti di diritto fra altre persone esistenti.

7. *Firma dell'avvocato nell'atto di ricorso.*

L'articolo 525 dice che *il ricorso è sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare avanti la Cassazione*. È stato deciso che non è ugualmente richiesta, a pena di nullità, la sottoscrizione dell'avvocato *nella copia del ricorso* (Cassazione di Torino, 28 marzo 1867, relazione Borsari, *Monitore dei Tribunali*, n° 16, 17).

---

(1) Ho corretto la data della sentenza, che negli *Annali* si disse del 31 maggio.

(2) Deve riconoscersi la pratica utilità dell'art. 469. Purchè nel termine di ragione siano state citate alcune delle parti, la legge permette di citare anche le altre, a termine scaduto, laddove per l'anteriore legislazione *la decadenza era irremissibilmente incorsa*.

La stessa massima è stata proclamata dalla Corte suprema di Napoli nel 2 maggio 1867 (*Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 232, Firenze).

Poco appresso la Corte suprema di Torino annunciava un principio diverso; parve ritenere indispensabile la firma dell'avvocato anche sulla copia (sentenza del 29 maggio 1867, relatore Gervasoni, *Monitore dei Tribunali*, n° 23; *Annali di giurisprudenza italiana*, p. 234). Le due precedenti decisioni mi sembrano meglio fondate: il *ricorso*, dice l'art. 522, *è sottoscritto da un avvocato*, e tace della copia; il che basta a rimuovere la questione della nullità. A ciò si aggiunge altro argomento, dicendosi nell'articolo 525 che il ricorso è notificato *a forma delle citazioni:* la firma dell'usciere deve bastare. Finalmente si ha l'evidente discretiva dell'articolo 525; « l'atto di notificazione è scritto e sottoscritto dall'usciere *sull'ori-* « *ginale e sulla copia* »: cosicchè la legge ha saputo dirlo: *quod voluit expressit.*

8. *Del mandato dell'avvocato.*

a) L'art. 522 è molto chiaro. L'avvocato dev'essere « *munito di mandato speciale per* « *quest'oggetto* dalla parte ricorrente ». La Cassazione di Torino fece omaggio a questa severa prescrizione della legge colla sua decisione del 31 luglio 1866 (*Monitore dei Tribunali*, n° 51).

b) È inevitabile la produzione del mandato speciale insieme al ricorso. Questo mandato può essere fornito anche da un mandatario generale *ad lites* della parte ricorrente; nè si trova necessario che il mandato generale che dà vita all'altro sia pur esso prodotto contemporaneamente. Questa legittimazione può farsi in seguito, e il ricorso non è men valido (Cassazione di Torino, 25 agosto 1866, *Monitore dei Tribunali*, n° 38).

c) Il mandato che l'autore fece ad un avvocato per ricorrere in cassazione deve ritenersi efficace anche per gli eredi (Cassazione di Torino, 13 dicembre 1866, *La Legge*, 1867. n° 24).

9. *Sul deposito.*

a) Due sentenze erano state attaccate in un ricorso, e un solo deposito si fece. Ma risultava dall'oggetto, spiegato nel ricorso medesimo, che una sola sentenza era colpita dalla domanda di cassazione, l'altra non era seriamente in contestazione essendo passata in giudicato, divenuta inoppugnabile; e così preferendosi la sostanza all'apparenza delle forme, si ebbe per sufficiente un solo deposito (Cassazione di Torino, 11 aprile 1866, *Monitore dei Tribunali*, n° 20).

b) È già antico e costante nella giurisprudenza che un solo deposito basta per più ricorrenti che hanno lo stesso interesse (Cassazione di Napoli, 23 febbraio 1867, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 255, Firenze).

c) Se il certificato del deposito non è stato notificato, il ricorso sfugge alla nullità, ove sia stato prodotto col ricorso medesimo. Schiarimento all'articolo 525 (Cassazione di Torino, 27 giugno 1866, *La Legge*, n° 69. Altra sentenza conforme, del 19 giugno 1867, relazione Cassiano.

10. *Atti e documenti da unirsi al ricorso.*

È giurisprudenza costante che quelli soli è necessario produrre, la omissione dei quali rende impossibile la cognizione dei mezzi e delle ragioni del ricorso.

Se varii e distinti i mezzi sono, e mancano a taluni di essi gli atti e i documenti che vi hanno rapporto, si conosce degli altri che ne sono corredati, e su questi la Cassazione pronunzia giudizio (Cassazione di Torino, 25 aprile 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 19).

La sentenza deve prodursi completa. Se la copia prodotta manca delle *conclusioni* non vale, e la nullità del ricorso si pronunzia anche d'uffizio (Cassazione di Napoli, 30 aprile 1867, *La Legge*, n° 58).

La omissione dell'elenco (articolo 523) non è difetto sostanziale sicchè ne venga annullato il ricorso se gli atti e i documenti si trovano realmente uniti al ricorso medesimo. Ciò è fermo nella giurisprudenza della Cassazione di Torino. Aggiungi decisione recente di quella di Firenze (16 maggio 1867, *Annali di giuriprudenza italiana*, pag. 198).

GIUNTA XXIII.

Se appello incidente possa mai prodursi dopo la iscrizione in ruolo.

Articoli 487 e 174.

1. « L'appello incidentale (dice quell'articolo) è proposto... nelle conclusioni prese alla « prima udienza in cui si tratta la causa, nei procedimenti sommarii ».

Poteva nascer dubbio se lo aver prodotto documenti e proposte difese di merito, senza riserva, tornasse nocivo al diritto d'interporre più tardi, ossia all'udienza, l'appello incidente.

La Corte di appello di Napoli sciolse valentemente il dubbio a favore della libertà dell'appello, osservando « nell'articolo 487 non è detto che la stessa (appellazione per incidente) « nei giudizi sommarii debba proporsi innanzi a qualsiasi difesa, ossia nella prima risposta « all'appellazione principale, ma sibbene sino alle conclusioni all'udienza, in guisa che s'in« timino o pur no atti (che non sono vietati) innanzi ad esse conclusioni; non è perciò ri« stretto il termine per appellare per incidente » (sentenza del 16 luglio 1866, *Giurisprudenza italiana*, col. 343, 344, Torino, 1866).

2. Nei *procedimenti formali* l'appello incidentale deve proporsi « nella prima risposta an« teriore alla iscrizione della causa in ruolo ».

Ma la *iscrizione in ruolo* non è che provvisoria se la parte alla quale è notificata, sente il bisogno o la velleità di scrivere ancora e di mandar fuori un'altra difesa (articolo 174). La iscrizione in ruolo si annienta rispetto agli effetti giuridici che sono annessi a questo momento della procedura quando la contraria parte risponde. Questa considerazione formò argomento di difesa a un Tizio che aveva prodotto appello incidentale *quindici giorni dopo la iscrizione in ruolo*.

Giustamente la Corte d'appello di Napoli (27 luglio 1866, *Giurisprudenza italiana*, col. 381, Torino) dichiarò inammissibile l'appello incidentale. Vero è che la iscrizione *rimase ferma*, e non fu surrogata da altra iscrizione, secondo narra la sentenza, e questa circostanza speciale faceva assai peggiore la causa dell'appellante.

La ipotesi però potrebbe spingersi più oltre, ma per quanto si volesse comporre favorevole, non gioverebbe mai a mettere in essere un appello incidentale dopo l'iscrizione in ruolo.

Può fingersi che l'appellato, dopo la citazione e costituzione del procuratore, si rimanga silenzioso; non risponda alla comparsa difensiva dell'attore; subisca passivamente la iscrizione in ruolo. Egli dunque non ha recato a se stesso verun pregiudizio; non può dirsi essersi mostrato contento della sentenza. Appresso la iscrizione in ruolo egli approfitta del favore dell'articolo 174, e dentro quindici giorni risponde, ma risponde solo per appellare incidentalmente, per appellare cioè da quella parte della sentenza che reputa per lui gravante, chiedendone nel resto la conferma.

Un somigliante sistema sarebbe in opposizione collo spirito e colla lettera della legge. Collo spirito, se l'appello incidente può farsi *oltre i termini dell'appello principale*, ciò è giusto, è necessario, poichè, occasionato e mosso dall'appello principale, una onesta comodità di tempo deve concedersi a maturarne il concetto, a proporlo. Quello spazio che passa dal *termine della citazione* alla prima difesa del convenuto, che nei giudizi formali è di giorni quindici (articolo 164), è tale che la legge reputa e vuole sufficiente alla presentazione dell'appello incidentale.

Se al di là di questo spazio, sino alla iscrizione in ruolo ed oltre ancora, e sino a provocare una seconda iscrizione, fosse permesso di presentare un appello incidente, tutta la economia dei termini sarebbe turbata, e la legge stessa offesa nel proposito suo. La condizione dell'appellante principale si farebbe deteriore; egli non sarebbe mai sicuro intorno ai disegni del suo avversario. La legge ha saggiamente predisposto che *nella prima comparsa avanti la iscrizione in ruolo* si proponga l'appello incidente, acciochè sino da quel punto la materia

del giudizio si offra piena alla discussione scritta; e l'appellante abbia per combattere la pretesa dell'appellato, a sua volta appellante, quei comodi intervalli e quella facoltà di esaminare e svolgere le sue eccezioni, che sono proprii del giudizio formale. Per qual ragione si dovrebbe riaprire il ruolo a favore di questo infingardo litigante che non può certo dolersi nè che il tempo gli sia mancato, nè che la legge non abbia parlato un linguaggio abbastanza preciso? Ciò che fu nella mente del legislatore una proroga necessaria del termine ordinario dell'appello, nella sua portata eccessiva non rappresenterebbe che il disordine, poichè autorizzerebbe un atto di appello, iniziale di natura sua, dopo tutti i termini della istruzione scritta.

La lettera della legge è precisa. La iscrizione in ruolo è il fatto complementare della stessa istruzione scritta. La *iscrizione rinnovata* non può mai contemplarsi dall'appellante per incidente, come termine a regolare il fatto suo, sia perchè il rinnovamento della iscrizione è meramente accidentale, sia perchè non dipenderebbe da lui il far nascere questo avvenimento. O risponderebbe nel merito, insistendo per la conferma della sentenza, e con ciò rinunzierebbe alla facoltà dell'appello incidente; o si limiterebbe allo stesso appello incidentale, egli avrebbe dietro di lui la *iscrizione in ruolo* che non potrebbe cancellare, perchè non può dipendere da colui che ha lasciato verificare la condizione ostativa, toglier di mezzo il fatto compiuto che segna la decadenza del suo diritto.

GIUNTA XXIV.

Della relazione fra i procedimenti pretoriali e quelli relativi ai tribunali civili e alle Corti d'appello.

(Schiarimento sull'articolo 447).

Poichè alla nostra mensa quotidiana è venuto spontaneo ad offrirsi un quesito che desidera di veder chiaro nella mente dell'articolo 447, mi valgo della occasione per riempiere la lacuna che ho lasciata a quell'articolo.

Il quesito cade direttamente sulla disposizione dell'articolo 232, avendo un pretore in sua *ordinanza* destinato all'esame di testimonii un giorno al di là dei trenta: termine generale prescritto all'esame testimoniale dal prefato articolo.

Senza ricercare le particolarità del caso che può vedersi nella decisione di questa Corte suprema (agosto 1867, relazione Gervasoni, causa Fava ecc.), in due modi si difendeva l'ordinanza del pretore. Si difendeva col dire che ad ogni giudice è dalla legge permesso di prefiggere un termine maggiore o minore dei trenta giorni, secondo la parola stessa dell'art. 232; in ispecie si sosteneva, che l'uffizio pretoriale non è apoditticamente soggetto alla osservanza d'una disposizione la quale, con tutto il corredo processuale di cui fa parte, appartiene ai procedimenti di tribunali e di Corti d'appello. E con ciò si era necessariamente condotti a interpellare la relazione che l'articolo 447 viene nella sua generalità determinando fra questi diversi ordini processuali, e così si esprime: « Il procedimento avanti i pretori per tutto ciò che non « è regolato espressamente da questo Capo *prende norma dalle disposizioni* del Capo I di « questo Titolo..... in quanto siano applicabili ».

Se si potesse aver gran fiducia nella fraseologia del Codice, ed esser certi che il redattore dell'Articolo 447 avesse proprio fatto attenzione a quella forma di dire, *prender norma*, per far capire che non si pretendeva imporre come precetti le richiamate disposizioni neppure in quelle parti *in cui fossero applicabili*, ma essere proposte ai giudici singolari semplicemente come indici e metodi direttivi ai quali dovrebbero accostarsi senza assoluta necessità di conformarvisi; se la frase alquanto elastica invero e flessibile del *prender norma* si fosse adoperata per esprimere questo intendimento del legislatore, sarebbe stata bene scelta e convenientemente usata. Ma la perfetta proprietà del dire non sembra essere stata la maggior preoccupazione del Codice; e già troviamo la identica espressione agli articoli 392 e 410,

GIUNTA XXV.

Se cassata una sentenza si possa ricorrere di nuovo in cassazione contro la sentenza del giudice di rinvio che si è uniformata alla giurisprudenza della Corte suprema.

I.

Questo grave problema non avendo meritato in verun tempo l'attenzione dei legislatori che prescrissero norme all'istituto della cassazione, dopo una lunga serie di anni ci travaglia senz'avere ancora trovato il suo punto di riposo, la sua soluzione.

È una ricerca che, come quella del travisamento, si dirige a ciò che vi ha di più essenziale nella istituzione, si aggira sull'indole dei poteri della Corte suprema e sull'ampiezza della sua giurisdizione. E l'interesse si aumenta coll'avvertire che la questione si mostra ugualmente nei giudizi civili e nei penali, che in questa parte si reggono collo stesso principio.

Prima del 1829 la giurisprudenza francese di tratto in tratto si era venuta manifestando favorevole al principio della libertà del secondo ricorso con poche variazioni. In quell'epoca la disputa parve ingrossarsi per maggior forza di discussione e più profondo esame. La Corte di Assise della Senna inferiore giudicando di un reato di falso contro il medico *B.*, stimò non essere applicabile al caso la pena che la legge infligge a coloro che fanno certificati falsi nell'esercizio delle proprie funzioni (sentenza 26 febbraio 1829) (1). La Corte di cassazione, sopra istanza del pubblico Ministero, annullò la sentenza con decisione del giorno 10 aprile dello stesso anno, trovando che il falso era caduto in documento pubblico. La Corte di rinvio si uniformò a questa dottrina (sentenza del 13 giugno 1829). Promosse ricorso a sua volta il condannato, e il dubbio della ricevibilità del ricorso fu sollevato e sciolto in senso affermativo dal procuratore Mangin. La Corte di cassazione, aderendo alle conclusioni, accettò il ricorso, indi reietto per ragioni di merito (sentenza del 16 luglio 1829).

Nel 17 gennaio 1835 la Corte di cassazione, pronunciando ancora in soggetto penale, dichiarava irricevibile il ricorso del condannato *P.*, come quello che era fondato sopra un mezzo altra volta rifiutato dalla Corte suprema e diretto contro la sentenza della Corte di rinvio che aveva adottati i principii della Cassazione medesima. Verificavasi in questa specie una circostanza che forse influì nella determinazione della Corte suprema. Lo stesso *P.*, a quanto pare, aveva riprodotto lo stesso mezzo altra volta respinto come nullo. Ritengo che una tale circostanza non fosse senza valore, se anco non vuol dirsi decisiva, presso la Corte suprema, mentre in altri casi si è tenuto in conto la differenza che passa fra la riproduzione dello stesso ricorso mediante atto della stessa persona, *bis* ricorrente, e la ripetizione dello stesso mezzo in senso opposto tentata dalla parte contraria.

Le osservazioni critiche del VILLENEUVE a quella decisione, da lui pubblicata, attestano che tale giurisprudenza non era l'eco della pubblica opinione in Francia.

Che anzi a tale apparizione parvero compresi da una specie di sacro sgomento gli uomini più eccelsi della magistratura, imperocchè presentandosi pochi giorni dopo la stessa questione al giudizio della Corte suprema, scese in campo il Procuratore generale Dupin propugnando col solito apparato e colla solita eloquenza la libertà del ricorso.

La storia è questa. Nel 5 settembre 1834 la Cassazione, sezione criminale, per ricorso del Procuratore generale della Corte di Nancy, annullò sentenza di quella Corte che aveva assolta la *Z.* dall'accusa di soppressione d'infante, rimettendo la causa ad altra Corte d'assise per l'applicazione della pena.

(1) Debbo in gran parte queste notizie al mio dottissimo collega commendatore Lauteri.

La Corte di rinvio, fedele alla dottrina della Cassazione, condannò la *Z.*

Costei ricorse a sua volta alla Cassazione, combattendo i motivi che nella decisione della stessa Corte suprema avevano trionfato. Dupin sosteneva che il ricorso doveva essere ricevuto ed esaminato.

La Corte di cassazione, nella sua decisione del 21 febbraio 1835, si espresse: « Attendu « que aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une partie qui a figuré dans une pré« cédent pourvoi *comme défenderesse*, se présente ensuite *comme demanderesse*, contre l'arrêt « intervenu par suite de l'arrêt de cassation rendu sur le pourvoi de l'autre partie, et que « cette hypothèse n'est pas celle prévue par l'article 440 du Code d'instruction criminelle, « *il en suit que le pourvoi de Z. est recevable* » (1).

D'allora in poi sembra fissata la giurisprudenza in Francia. Sentiamo DALLOZ, *Cassation*, n° 2228: « Si la Cour de renvoye se conforme à la doctrine de la Cour de cassation, *sa dé« cision pourra de la part de* DEFENDEUR *originaire devenir à son tour l'objet d'un pourvoi, « sans qu'il soit possible d'y opposer l'exception de la chose jugée. Si au contraire elle se pro« nonce dans un sens opposé, c'est le* DEMANDEUR *qui aura le droit de former un second pourvoi « en cassation* ».

II.

Era nel regno dei Paesi Bassi una Legge di Guglielmo d'Orange Nassau (articolo 46) la quale voleva che le decisioni della Cassazione avessero forza di cosa giudicata sul punto di diritto da essa risolto.

Facendo ancora parte di quel regno il Belgio nel 1820, nel 21 novembre di quell'anno la Corte d'appello di Bruxelles (Camera di cassazione) proclamava come un principio l'unità del ricorso sullo stesso soggetto; ma il suo giudizio serviva all'impero della indicata Legge.

Nel 1836, divenuto il Belgio indipendente e giudicante colle proprie Leggi (del 1832), si riscontrano in materia due decisioni (penali) di quella Cassazione (13 agosto e 22 ottobre 1836) a classi riunite.

Nel 1838 *D.* ricorse (in causa civile) a quella Corte suprema da una sentenza che venne cassata: alla dottrina della cassazione fu ligia la Corte di rinvio. Nuovo ricorso dell'altra parte. La Corte suprema, convocata a classi riunite, nel 30 luglio 1840 pronunciò una decisione nella quale dichiarò la propria incompetenza, rimettendo la causa alla Sezione civile. « Attendu « que... le second jugement est attaqué par les mêmes moyens que le premier; attendu *qu'on « a toujours distingué les moyens du demandeur des moyens du défendeur;* que ces moyens trai« tent bien les mêmes questions, mais qu'ils les traitent en sens invers; que les moyens du « demandeur forment les moyens d'attaque, tandisque ceux de défendeur forment les moyens « de défense; que ces moyens sont opposés et contraires les uns aux autres; que par suite « la logique ne permet pas de les confondre, ni d'en faire des moyens identiques... ». Aggiungevasi che vi erano anche mezzi nuovi e diversi dai primi.

Portata la questione alla Sezione civile, l'Avvocato generale sostenne la *irricevibilità del ricorso;* e fra gli altri argomenti è notevole questo: essere il punto in sapere, non se esistesse cosa giudicata nelle sentenze della Cassazione, che ben si riconosceva non esistere, ma se il secondo ricorso fosse ricevibile dacchè la Corte di rinvio si era messa al tutto d'accordo colla dottrina, in virtù della quale la prima sentenza era stata annullata. E argomentando in senso contrario della legge francese del 1790, sosteneva il signor Avvocato generale che sarebbe stato d'uopo di *una legge speciale* che autorizzasse l'introduzione di un secondo ricorso. All'obbietto che le parti sariano così trattate inegualmente, rispondeva *tout simplement* il signor Avvocato generale, che l'istituto della Cassazione è organato nell'interesse pubblico, anzichè nel privato. La Corte suprema adottò questa dottrina, si astenne dall'esaminare il mezzo riproposto; esaminò gli altri, rigettandoli.

Decisione consimile pronunciò la Cassazione belgica, Sezione civile, nel 7 agosto 1845: « At-

(1) Le conclusioni di DUPIN si trovano nella *Pasicrisie franç.* sotto la data del 21 febbraio 1835.

« tendu *qu'il est certain que le recours en cassation ne peut être autorisé contre l'arrêt d'une* « *Cour d'appel qui saisie après une première cassation, a adopté purement et simplement la* « *doctrine consacrée par l'arrêt de cassation*, au moins lorsque devant la Cour de renvoi « d'autres questions que celles qui avaient fait l'objet du premier pourvoi ont été élevées et « jugées un second pourvoi est recevable, *mais en tant seulement qu'il porte sur ses nou-* « *velles questions*, ecc. ».

Quegli Annali (1) ci recano una decisione dell'11 agosto 1851, notevole per novella consacrazione del principio che *le sentenze della Corte di cassazione*, non conoscendo del merito, *non costituiscono cosa giudicata*. Un'amministrazione pubblica aveva ottenuto l'annullamento di una sentenza contro la Banca nazionale. Non avendo la Corte di rinvio seguite le pedate della Cassazione, di nuovo ricorre l'Amministrazione, ma perde definitivamente la partita; e si vede questo fenomeno, che la Corte suprema non percuote questa volta la sentenza denunciata, ma al secondo esame la lascia sussistere benchè avversa alla propria decisione.

Ma fra breve la massima è cangiata. Nel 5 novembre 1851 fu dichiarato in termini *non recevable le pourvoi contre un jugement qui après une première cassation se borne à adopter la doctrine consacrée par l'arrêt de cassation* (Ch. crim.).

Nel 24 ottobre 1856, nel 5 gennaio 1857, decisioni che confermano questo principio.

III.

Non è in codeste illustri pagine della storia della magistratura suprema che si possono attingere i migliori argomenti per sostenere ch'essa adempie al proprio ufficio di custodire l'unità della giurisprudenza.

Di ciò ha lode la Cassazione subalpina ch'è stata sempre fedele al principio della *irricevibilità del ricorso*, quando il magistrato di rinvio si attenne precisamente alla dottrina proclamata nella stessa causa e fra le stesse parti della Corte regolatrice.

Abbiamo fra le altre le decisioni del 16 aprile 1856 (relazione Gervasoni), del 1° novembre 1866 (relazione Canina), del 29 novembre 1866 (relazione Cassiano), e la recentissima nella causa Economato-Vola, dell'11 luglio 1867.

La prima delle citate decisioni (BETTINI, pag. 430) si faceva appoggio dell'Editto del 30 ottobre 1847, col quale fu costituita in Piemonte la Corte di cassazione, considerando che in tal modo ben si rispondeva alla unità della giurisprudenza che l'Editto indicava come l'oggetto principale di questa grande creazione.

Anche la decisione del 29 novembre 1866 insiste sopra sì capitale argomento. « Attesochè, « ivi si dice, quando la Corte di rinvio si uniforma nella sua decisione ai principii adottati « dalla Corte di cassazione nella sentenza che le rimanda la causa, non devo più esser le- « cito alla parte soccombente d'impugnare il giudicato, sostenendo una tesi contraria a quella « seguita dall'una e dall'altra Corte. — Lo vieta lo scopo della istituzione della Corte di cas- « sazione, diretto a osservare le unità dei principii, scopo che si deve considerare raggiunto « quando la Corte di cassazione e quella di rinvio pronunciarono sentenze conformi. — Lo « vieta del pari l'articolo 593 del cessato Codice di procedura civile (2), il quale ammettendo « un secondo ricorso per impugnare la sentenza di rinvio cogli stessi mezzi proposti contro « la prima sentenza annullata, nel qual caso richiede che la Corte di cassazione pronuncii a « Sezioni riunite, e la Corte di rinvio si uniformi alla decisione di diritto della Corte di cas- « sazione, chiaramente dimostra non aver voluto ammettere alcun ricorso per impugnare la « sentenza di rinvio che avesse nella sua decisione adottati i principii spiegati dalla Corte « suprema (3) ».

Forse alcuno crede che questo rispettabile consesso (al quale ho l'onore di appartenere) abbia sciolto definitivamente il problema; ma io ne dubito. La fusione delle quattro Cassazioni porterà una scossa molto forte all'autorità di quei pronunciati interpretativi che, più o meno accettati nelle varie regioni, dovranno subire lo scontro di avvisamenti non comuni e

(1) Pasicrisie belg.
(2) Al quale corrisponde l'attuale articolo 547.
(3) La Legge 1867, n° 5, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 200, Firenze.

di non conformi tradizioni. Lo scrittore domanda il permesso di emanciparsene e di ragionare, bene o male, per proprio conto.

La legge tace. Perchè mai il legislatore, erudito di tante questioni nate e variamente decise, non le ha troncate colla onnipotenza della sua parola? Questo silenzio non è favorevole al *sistema della limitazione*, restando in tutta la sua forza la regola generale scritta nell'art. 547: « La sentenza pronunziata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso in cassazione ».

Bisogna formolare la tesi. *A.* ricorse da una sentenza inappellabile, indarno difesa dal controricorrente *B.* Essa fu annullata dalla Cassazione, la cui dottrina fu interamente adottata dalla Corte di rinvio. *B.* ricorre a sua volta, e gli si risponde, il vostro ricorso è irricevibile (1).

Perchè?

Vi ha forse qualche ostacolo nelle disposizioni testuali che regolano il diritto di ricorrere in cassazione?

Non ve ne ha alcuna in contrario; invece la regola è tanto ampia che comprende facilmente, come ogni altra, anche questa combinazione. Ogni sentenza inappellabile può essere sottoposta all'esame censorio della Corte suprema.

Ma si oppone la sentenza! Quale sentenza? Quella della stessa Corte suprema. È giusto, se essa abbia virtù di cosa giudicata. Ma è del tutto elementare non formar cosa giudicata le decisioni della Corte suprema, se non nella parte in cui dispongono; i motivi di diritto per cui dispongono sono norme autorevoli e gravissime, ma non hanno valore obbligatorio, non sono precetti, nel caso in fuori dell'articolo 547.

Se la sentenza della Cassazione avesse avuto virtù di cosa giudicata, la Corte di rinvio non avrebbe avuto libertà nel suo giudizio; se fu libera, come niuno contrasta, la sentenza della Corte suprema non era dunque cosa giudicata.

Forse quello che le sentenze non poterono operare divise, lo potrebbero congiunte per essere conformi? Ma no. In merito si avrebbero due sentenze discordi che si eliminerebbero a vicenda quanto alla morale autorità loro: resta quella della Corte suprema, che superiore a qualunque influenza che mai potesse derivarle da una sentenza del magistrato ordinario, non può cangiare il carattere che le è proprio, e diventare cosa giudicata se non lo era.

Più. Se così potesse qualificarsi la stessa Corte di cassazione, dovrebbe tenersi avvinta alla propria sentenza, e non potrebbe proferirne una diversa, tale essendo la forza della cosa giudicata che limita la giurisdizione e l'esame di quel Magistrato medesimo che la pronunciò.

E qui si può trarre argomento dallo stesso articolo 547, la cui analogia ho veduto poco felicemente invocarsi in qualche decisione.

Quando le Corti di merito si mostrano costantemente avverse alle vedute giuridiche della Corte suprema, si sente la grande necessità di cessare quest'altalena e di chiudere il circolo vizioso nel quale vanno e vengono massime e pronunciamenti opposti, dalla Cassazione alle Corti di merito, e viceversa, quasi a modo di sfida. Il notissimo disposto dell'art. 547 provvede a questa necessità.

Era del massimo interesse stabilire alla flagrante *difformità* della giurisprudenza sul medesimo punto di diritto, nella medesima causa, un principio regolatore; scongiurare il pericolo dell'anarchia. Ho già ricordato nel commento che in tempi meno recenti e meno inspirati a libertà, il governo era chiamato a decider la lite. Questa condizione di cose non ha niente di comune coll'altra nella quale, invece di *sentenze difformi*, abbiamo *conformi* le decisioni della Corte suprema e della Corte di merito. In quest'ultimo caso un ricorso, per quanto fosse *ricevibile*, calcato sugli stessi mezzi altra volta tentati e respinti, aveva sì poca speranza di miglior fortuna, che pareva più che altro una novità: in ogni modo, come or ora dovrò ripetere, dipende dalla stessa Corte di cassazione rivendicare i proprii principii, e imporre all'ostinato litigio perpetuo silenzio.

Quando la libertà diventa pericolosa, solo rimedio è riabilitare il principio d'autorità. Ecco quello che conveniva fare in tale divergenza, e niun dubbio che l'impero del diritto appar-

(1) È necessario ritenere questa posizione perchè in altri termini, come vedremo, la soluzione sarebbe diversa.

tiene alla Corte suprema rispetto a quelle magistrature che ne ricevono gli insegnamenti. Si fu quindi nella dura necessità *di privare di libertà* la Corte di rinvio alla quale si rimetteva da ultimo il giudizio; costretta a fare ossequio alla dottrina della Corte suprema, non può che adattarne le conseguenze all'interesse delle parti. Ma la Corte suprema *è fors'essa medesima priva di libertà?* Giudicando a classi riunite, e costituita come un Corpo giudicante al tutto nuovo e diverso dalla Sezione civile, non potrebbe pur anco la Corte suprema dar ragione alle Corti di merito, e ripudiare la dottrina della Sezione civile?

Ma qual dubbio! Le parti si difendono, la discussione si rinnova; il ricorso potrebbe rigettarsi, o la sentenza annullarsi *per altri motivi*, e allora il giudizio si ripiglia in condizioni d'indipendenza, e torna a fare il suo giro.

Tutto ciò nel caso di *difformità;* ora quale argomento può dedursi, esistendo invece concordia e conformità di giudizi?

Uno solo: che la Corte di cassazione *rimane libera di respingere il ricorso*, confermando i proprii principii; o può anche modificarli, ed ammetter il ricorso, malgrado il suo primo avviso, malgrado la docilità della Corte di rinvio. Ne abbiamo veduto di sopra l'esempio in una decisione della Corte suprema del Belgio. Caso strano, ma possibile: facoltà da non potersi escludere per forza di diritto positivo (1) dagli attributi della Corte di cassazione.

Per contrario il sistema della *irricevibilità del ricorso* non solo toglie alla parte un diritto che la legge permette, ma col vietare alla Cassazione l'esame dei mezzi paralizza la sua libertà d'azione.

Ma si crede non poter servire altrimenti *a quel grande principio dell'unità* che è il sommo oggetto della istituzione!

L'unità della giurisprudenza è un bene: non può negarsi neppure da quei valenti che propugnano la *terza istanza*, i quali però non ammettono che questo fine si raggiunga per mezzo della Cassazione. Io rinnovo le mie proteste che, ragionando sotto il punto di vista della Cassazione, non faccio polemiche di diritto costituendo, e non giudico della bontà rispettiva delle istituzioni. Mi restringo a dire, che l'*unità* che si ha in vista è quella sola che è possibile nelle cose umane e in ordine ai fatti morali: quella però che non potrebbe raggiungersi allo stesso grado con altri sistemi. Ecco tutto. Unità non meccanica, ma derivante dalla uniformità dei concetti sopra un dato punto di disputazione giuridica, formantisi e riveati nell'atmosfera feconda della libertà; l'unità è la risultante dell'esercizio saggio e ponderato della libertà; l'unità della giurisprudenza è moralmente autorevole per questo che si compone di atti singolarmente liberi ed elettivi; e non procede dall'imitazione di se stessi, e dalla inerte contemplazione dell'autorità propria.

Se il discorso risente della dissertazione, mi sia perdonato; dichiaro che son ben lontano dal voler dar lezioni a chicchessia. Pertanto non dobbiamo troppo vagheggiare l'unità nei particolari; nè mai a spese della libertà (2). Del resto, nulla è più conciliabile della *libertà* e dell'*unità*, dove si abbia una sentenza della Corte di rinvio conforme a quella della Cassazione. Non dipende forse dalla stessa Corte di cassazione mantenere la propria giurisprudenza, respingendo il ricorso? E questo risponde anche all'argomento dell'*economia dei giudizi*. Ma non deve la Corte di cassazione imporre a se stessa il vincolo, la legge di non poter cangiare opinione.

Dal lato dell'attore nel nuovo ricorso può accadere che o debolmente si difendesse nel primo cimento, o non si difendesse affatto confidando nelle ragioni esposte nella sentenza a lui favorevole; e venga poi a spiegare nel secondo cimento tutta la forza delle sue argomentazioni.

Concludo, che nel mio modo di vedere non havvi ostacolo perentorio perchè non sia ammissibile nella stessa causa e sugli stessi mezzi un secondo ricorso in cassazione da colui che avendo perduto in qualità di convenuto, a sua volta perdente nel giudizio di merito, riproduce la questione in qualità di istante e di attore.

Ma quella stessa persona che sostenne attore il ricorso, può forse ripetere la stessa domanda?

Ecco una questione diversa, dominata, come appare, da un altro principio. È regola di

(1) Non trovandosi legge contraria.

(2) Finchè i giudizi sono pendenti, è sempre il principio di libertà che prevale: l'unità rimane nel suo grado di *scopo generale* che, ottenuto a spese della libertà, lo sarebbe *a spese della giustizia*.

diritto giudiziario che una volta sperimentato un dato mezzo d'impugnazione contro una sentenza, non possa ritentarsi e assumersi di nuovo dalla parte stessa (*non bis in idem*) (1); mentre in questo caso (se pure è caso possibile) la sentenza confermatoria non sarebbe altro che la prima sentenza, fortificata di autorità e di ragioni, onde ritengo doversi adottare la distinzione che *eminet* nella dottrina francese, *an eadem vel alia persona*, sia quella che promuove il ricorso: ed essendo la stessa, la formula del rigetto sarebbe puramente quella della *irricevibilità*.

GIUNTA XXVI.

Di alcune regole di procedura per formare le istanze di sequestro giudiziario e di sequestro conservativo.

Se non m'illudo, parmi di avere nel commento agli art. 921 e successivi esposti con qualche accuratezza gli speciali caratteri delle indicate due maniere di sequestri; ma essendosi sollevato qualche riflessibile dubbio sulla competenza e sul modo iniziale di procedere nelle rispettive istanze, non sarà inutile aggiungere su questo proposito qualche parola.

Qual è mai l'*autorità giudiziaria* competente ad ordinare il *sequestro giudiziario?*

L'articolo 921 usa una espressione generica (*autorità giudiziaria*) che si rende notevole per un certo rapporto avversativo, messa a riscontro con quella dell'art. 926, nel quale si dichiara nel modo più positivo, che il *sequestro conservativo*, per qualunque valore, *può concedersi dal pretore o dal presidente del tribunale competente a conoscere della causa principale*.

L'articolo 921 è generico, e appunto perchè tale comprende il complesso delle funzioni che appartengono all'*autorità giudiziaria*, cioè tanto la facoltà di accordare il sequestro, quanto la facoltà di giudicare del merito del sequestro medesimo. Non può dunque dal tenore di quell'articolo argomentarsi che il *pretore* o il *presidente del tribunale* non sia rivestito della funzione iniziale per accordare il sequestro giudiziario, quantunque io abbia in altro luogo avvertiti in questi due istituti alcune differenze sostanziali che, relative all'oggetto, possono anche influire sulla competenza.

È affatto semplice, che dopo essere state indicate negli articoli 921 e 924 le condizioni pratiche dei due sequestri, che possono anche considerarsi come nozioni distintive e caratteristiche, la legge poi, a cominciare dall'articolo 926, venga esprimendo forme di rito comuni ad entrambi (2); il che viene altresì dimostrato dal non essersi tracciata alcuna norma di procedura nella Sezione I di quel Capo, che s'intitola: *Del sequestro giudiziario;* al quale per conseguenza si ritiene completamente applicabile l'articolo 926.

Difatti il sequestro giudiziario, dal punto di vista della competenza per valore, può presentarsi nella sua primordiale istanza, o al *pretore*, o al *presidente di un tribunale*.

Al pretore in due casi: 1° che il sequestro (giudiziario o conservatorio) *debba eseguirsi nello stesso luogo;* 2° ch'*egli sia competente pel valore della causa*. Al presidente, capo di quel tribunale che *sarebbe competente per valore*.

La considerazione metafisica di valore è messa da parte per un momento, e cede a quella della utilità. Se l'oggetto di cui vuole impedirsi la sottrazione è vicino alla sede del pretore e quasi sotto la mano di lui, e se l'affare è della massima urgenza (3), improvvido consiglio sarebbe quello di perdere un tempo prezioso per chiedere il soccorso di un altro magistrato, lontano, e forse meno accessibile.

(1) Non si appella due volte, nè due volte si propone la opposizione contumaciale, nè due volte istanza di rivocazione, dopo il giudizio che ha corrisposto a tali domande.

(2) Come bene osservò quel valente e nobile giureconsulto, che è l'avvocato Righini (*Monitore dei Tribunali*, anno 1867, n° 6).

(3) Si stanno trasportando dalla tenuta i buoi aratorii, con manifesto intendimento di venderli o trafugarli.

È chiaro in simili contingenze essere facoltativo alla parte invocare l'autorità del pretore locale, o quella del presidente.

L'attributo del magistrato rapporto a una data funzione, e la competenza oggettiva per ciò che concerne la lite, sono certamente concetti distinti. Può prescindersi dalla competenza a dire, teoricamente, che fra gli attributi del presidente (nelle cause di tribunale) havvi quello di accordare il sequestro o giudiziario o conservativo, nei casi d'urgenza, ai termini dell'articolo 182.

Parlando del *sequestro giudiziario*, io notai che la istanza primordiale può farsi bensì separatamente dal giudizio, ma è d'uopo che abbia relazione e si connetta ad una causa contemporanea o da istituirsi in un tempo prossimo, *non potendo la domanda di sequestro giudiziario essere oggetto a se stessa*. Se io domando il sequestro immediato e fulmineo di carte interessanti che si vengono manomettendo in un archivio invaso da persone che hanno l'interesse della dispersione, basterà che nella istanza che faccio al pretore o al presidente, io presenti un fumo di prova, come suol dirsi, del diritto di comunione che io credo di avere su quelle carte, e il pericolo flagrante. Ma per sostenere il sequestro dovrò promuovere l'azione giuridica; dovrò farmi appoggio nel diritto di cui il sequestro, con qual nome si chiami, è semplicemente un mezzo conservatorio *quoad effectus*, altrimenti l'altra parte potrebbe impormi di sciogliere il sequestro. Onde dovrei rivolgermi al capo di quel tribunale che sarebbe competente a giudicare del diritto, eccettochè io non preferisca invocare l'autorità del pretore locale, ma la questione della sussistenza, validità ed efficacia del sequestro sarebbe sempre recata al tribunale dell'azione avanti il quale dovrei produrre gli atti conservatorii da me ottenuti.

Se il sequestro giudiziario, come il conservativo, si richiegga *a causa pendente*, ossia come proprio e vero incidente, in tal caso non può concedersi che da quell'autorità avanti la quale *pende la causa*, ed è palese e chiaro dettato dell'articolo 927.

Ma nasce dubbio *se il sequestro giudiziario possa, come il conservativo, implorarsi per via di semplice ricorso, od occorra una citazione e quindi il contesto della parte contraria*; in altre parole se sia applicabile l'articolo 925.

Una Corte d'appello, di grande autorità, si pronunciò nel senso della inapplicabilità di quell'articolo. « Il sequestro giudiziario, ivi si dice, *vuol essere domandato con citazione alla « forma degl'incidenti in confronto della controparte* » (1).

Sono argomenti della Corte a sostenere questa tesi: 1° Che il sequestro giudiziario, « allorchè s'invoca in base all'articolo 1875, n° 1, del Codice civile rispetto ad una cosa la « cui proprietà o possesso sia controverso, presenta necessariamente in sè il concetto della « esistenza di una controversia giudiziale, come appunto nella soggetta fattispecie pende la « petizione della proprietà »; 2° Che se tale sequestro potesse accordarsi per via di semplice decreto, esso sarebbe eseguibile immediatamente e non potrebbe discutersi che dopo la sua esecuzione; mentre nell'altro caso di un sequestro accordato *con citazione*, si farebbe luogo al più pronto reclamo avanti il tribunale, giusta il disposto dell'articolo 183; 3° Che dove la legge ha voluto permettere la istanza *per via di ricorso*, lo ha detto; lo ha permesso in fatto di *sequestro conservativo*, come risulta dall'articolo 925; lo ha negato rispetto al giudiziario pel quale nulla dispone, e quindi dee valere la regola generale dell'articolo 37; 4° Ciò dimostrarsi dagli articoli 921, 922, 923 della procedura posti in relazione agli articoli 1875, 1876, 1877 del Codice italiano.

Ma siffatti argomenti cadono, io credo, senza molta difficoltà.

Il *primo* è estraneo alla questione; oltrechè, se poteva esser vero nella fattispecie, non lo è in un senso assoluto e generale.

Il n° 1 dell'articolo 1875 del Codice civile enuncia bensì la idea di una *controversia* di proprietà o di possesso, ma non inchiude di necessità *una controversia giudiziale pendente*. La controversia esiste pel fatto stesso del richiedente che aspira ad un oggetto che altri ritiene, allegando diritti reali sull'oggetto medesimo che è uno dei caratteri *del sequestro giudiziario* (2). Aggiungesi il n° 2 di quell'articolo; aggiungesi il 921 della procedura che non accenna a giudizio pendente.

Ma la considerazione è anche estranea al tema, poichè il rito dell'articolo 925 nella sua

(1) Sentenza della Corte di Brescia, del 7 febbraio 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 18, Milano.

(2) A differenza del *conservativo* che concerne la sicurezza di un credito.

generalità si applica del pari siavi o no la pendenza di un giudizio principale; il seguente articolo 927 non riguarda la funzione, ma la competenza; non riguarda neppure la forma del rito, posto che al presidente del tribunale investito della causa si porga la istanza, o piuttosto al pretore locale *attesa la urgenza*.

Si crede per altro che in questa circostanza della pendenza di un giudizio principale « volendosi provocare un provvedimento dipendente e connesso da e con una lite in corso », il solo metodo possibile sia quello degli incidenti « com'è prescritto dall'articolo 181 e seg. del Codice di procedura ». Che in tale condizione del processo la domanda di sequestro costituisca un incidente, e come tale, e quanto al merito del sequestro, debba conoscersi dal tribunale investito della causa principale, siamo perfettamente d'accordo. Non può tuttavolta dedursene, che la forma della domanda di sequestro debba essere esclusivamente quella dell'articolo 181 e 182; non può concludersi che la domanda debba farsi esclusivamente *per via di citazione*.

E dico *esclusivamente* mentre io punto non nego che quella istanza che può farsi *per ricorso motivato*, senza citazione, non possa farsi eziandio per mezzo di citazione, nè la controparte avrebbe interesse ad opporsi.

Il *secondo argomento* non è più solido.

Quale inconveniente se il sequestro, senza indugio eseguibile, previene la discussione che verrà poi ad elevarsi sulla sua virtù ed efficacia? Lasciamo stare che anche il sequestro accordato colla modalità dell'articolo 182 si eseguisce non ostante reclamo, e la discussione è sempre prepostera. Ma a che si mira sì nella concessione del sequestro conservativo, che del giudiziario, fuorchè alla sicurezza e alla custodia materiale di una cosa di valore più o meno ingente minacciata di sottrazione, di corruzione, di annientamento: e qual è il rimedio migliore? Il più pronto: ecco tutto. È ben necessario che il fatto conservatore e benefico, preceda la discussione del diritto, perchè *dum Romæ consulitur, Sagunto non pera;* perchè alla lite non manchi il proprio oggetto, la preda non sia del più destro, e la giustizia non diventi una derisione.

Per non ricorrere troppo facilmente a quelle norme di rito che si adottano, comunque breviloque, nei giudizi formali, ricordiamoci che noi versiamo *in procedimenti speciali* che hanno per lo più caratteri e forme proprie; bisogna eziandio penetrarsi dello spirito con cui sono dettate queste regole sui sequestri, che è quello di voler riuscire ad ogni costo nell'assicurazione a cui si tende, colla buona coscienza che si ha di non pregiudicare a veruno interesse, restando ampiamente salva ogni ragione, ogni diritto.

Il *terzo argomento* è poco altro da una petizione di principio. Se si concede che i regolamenti rituali che partono dall'articolo 925 sino al fine della Sezione sono comuni alle due classi di sequestri (1), ogni ragione di distinguere è cessata. Altro è nell'opposto. Ma è questa appunto la questione che si deve decidere. E di leggieri si risolve al considerare che procedimento *di sequestro giudiziario* non esiste; che per esistere e completarsi ha d'uopo di tutti quegli ordinamenti che sono scritti dall'art. 925 in poi; che qualora si rigettasse l'articolo 925, si rigetterebbero anche tutti gli altri, e il processo di sequestro giudiziario non sarebbe più possibile.

Il *quarto argomento*, appena s'intende. Si dice che i tre articoli della Sezione 1ª « suppongono la concorrenza di ambe le parti avanti l'autorità giudiziaria ». Non mi farò ad osservare che l'articolo 921 non tocca *di citazione*, come il Codice suole quando esige una citazione; ed usa semplicemente la parola *domanda*. Ma forse le parti non si troveranno mai a contatto? Primieramente esse potrebbero accordarsi, nè è cosa difficile, l'atto essendo innocuo e in certi casi utile ad entrambe le parti (2). Non è escluso che la domanda possa farsi per via di citazione; non è neppure escluso, come or ora dirò, che il sequestro possa ordinarsi dal tribunale, contraddittoriamente, e per sentenza. Ecco dunque delle combinazioni nelle quali la generica direzione di quegli articoli potrà essere applicata. Meno ancora la necessità del concorso continuo di ambe le parti sarebbe lecito dedurre dai canoni del Codice civile (3).

(1) Se ne togli i due ultimi articoli proprii dei sequestri conservativi.

(2) Notiamo per via anche questa differenza dal *sequestro conservativo*.

(3) Io mi associo, senza ripeterle, anche alle altre considerazioni fatte su questo argomento dal chiarissimo signor avvocato Scotti, ingegnosamente dedotte dal confronto delle legislazioni precedenti (*Monitore dei Tribunali*, del 28 giugno 1867, num. 24, 25).

Digitized by Google

Conchiudiamo. Il sequestro giudiziario, quantunque contenga nella sua nozione teorica concetti distinti dal conservativo, sul campo pratico, nel momento della sua effettuazione, è regolato dalle stesse discipline come quelle che rispondono perfettamente al bisogno della sua realizzazione e senza le quali non potrebbe nè sussistere nè operare.

Le autorità che concedono il sequestro giudiziario e i modi di concederlo, variano, e possono così accennarsi:

a) Nella insistente urgenza, il *pretore locale* accorda il sequestro giudiziario sopra semplice ricorso della parte interessata (1);

b) Il sequestro giudiziario può accordarsi dal *presidente* del tribunale competente nel giudizio di merito, per ricorso, o anche per citazione a modo degli incidenti;

c) Può anche ordinarsi dal tribunale, che ha la totalità del potere di cui una frazione si esercita dal suo presidente per autorità propria, in casi determinati. E ciò avviene quando nel corso della lite, in mezzo alla discussione, si è agitata la questione del sequestro giudiziario sostenuta e combattuta rispettivamente; l'autorità del presidente, come assorbita in quella del collegio, che si è impadronito della disputazione, deve tacere; e allora il sequestro giudiziario è concesso o negato per virtù di sentenza (2).

(1) Nè certo può allora immaginarsi citazione e contestazione.

(2) Rispondo con due parole al dubbio se possa portarsi reclamo da un decreto negativo del presidente, che non ammise il sequestro per una ragione qualunque, ma specialmente per una supposta ragione di incompetenza. Il reclamo al Collegio è di diritto, nè sorge ostacolo dagli articoli 181 e 187. Non fa che a far plauso agli argomenti esposti dal sig. cav. Rugbin (*Monitore dei Tribunali*, 1867, n° 6).

FINE

Digitized by Google

INDICE DEL CODICE

Avvertenza preliminare . . . . . pag. 5
Relazione a S. M. del ministro di grazia e giustizia e dei culti in udienza del 25 giugno 1865 sul Codice di procedura civile . . . . . » 9
Regio Decreto . . . . . » 32

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL COMPROMESSO

CAP. I. Della conciliazione . . . . . » 33
» II. Del compromesso . . . . . » 41

LIBRO PRIMO

DELL' ORDINE E DELLA FORMA DEI GIUDIZI

TIT. I. Disposizioni generali . pag. 61
» II. Della competenza, del modo di regolarla, della ricusazione e dell'astensione dei giudici e degli uffiziali del Ministero pubblico . . » 79
CAP. I. Della competenza . . . » ivi
Sez. I. Della competenza per materia o valore . . . . » 82
» II. Della competenza per territorio . . . . . » 96
» III. Della competenza per connessione o continenza di causa . . . . . » 104
» IV. Disposizioni relative agli stranieri . . . . . » 110
CAP. II. Del modo di regolare la competenza fra i giudici, e dei conflitti di giurisdizione » 114
» III. Della ricusazione e dell'astensione dei giudici e degli uffiziali del Ministero pubblico . . . . . » 121
TIT. III. Delle citazioni . . . pag. 136
CAP. I. Della forma della citazione » ivi
» II. Del termine per comparire » 158
TIT. IV. Del procedimento . . . » 166
CAP. I. Del procedimento formale davanti i tribunali civili e le Corti d'appello . . . » 170
Sez. I. Disposizioni generali sull'istruzione della causa . » ivi
§ 1. Della costituzione dei procuratori e dei suoi effetti. » ivi
§ 2. Delle comparse, dei termini per rispondere, e della comunicazione dei documenti 175
§ 3. Dell'iscrizione della causa a ruolo, delle comparse conclusionali, e dell'estrazione della causa dal ruolo di spedizione . . . . . » 184
§ 4. Degli incidenti . . . . » 191
Sez. II. Delle eccezioni di incompetenza e di nullità degli atti . . . . . » 197

§ 1. Della incompetenza e della declinatoria del fôro pag. 197
§ 2. Delle eccezioni di nullità . » 201
Sez. III. Della garantia e dell'intervento . . . . . » 204
§ 1. Della garantia . . . . . » ivi
§ 2. Dell'intervento in causa . » 213
Sez. IV. Delle prove . . . . . » 219
§ 1. Dell'interrogatorio delle parti 224
§ 2. Del giuramento . . . . . » 230
§ 3. Dell'esame dei testimonii » 239
§ 4. Della perizia . . . . . » 266
§ 5. Dell'accesso giudiziale . » 283
§ 6. Della verificazione delle scritture . . . . . » 292
§ 7. Della falsità dei documenti » 316
Sez. V. Del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti 342
» VI. Delle cauzioni . . . . » 352
» VII. Della interruzione e della cessazione del procedimento » 356
§ 1. Delle cause che danno luogo alla riassunzione d'istanza o alla costituzione di nuovi procuratori . . . . . » ivi
§ 2. Della perenzione d'istanza » 360
§ 3. Della rinunzia agli atti del giudizio . . . . . » 365
Sez. VIII. Delle conclusioni del Ministero pubblico . . . . » 368
» IX. Della discussione orale e della polizia delle udienze . » 369
» X. Delle sentenze e delle ordinanze . . . . . » 371
§ 1. Della pronunziazione e della forma delle sentenze e delle ordinanze . . . . . » 372
§ 2. Della notificazione delle sentenze e delle ordinanze » 383
Sez. XI. Delle spese . . . . . » 385
» XII. Disposizioni speciali ai giudizi contumaciali . . . . . » 393
Cap. II. Del procedimento sommario davanti i tribunali civili e le Corti d'appello . pag. 401
» III. Del procedimento formale davanti i tribunali di commercio . . . . . » 405
» IV. Del procedimento sommario davanti i tribunali di commercio . . . . . » 416
» V. Del procedimento davanti i pretori . . . . . » 417
Sez. I. Dell'istruzione della causa » ivi
» II. Delle sentenze, delle ordinanze e delle spese . . » 430
» III. Della contumacia . . . » 433
» IV. Del giudizio possessorio . » 436
» V. Disposizioni comuni alle sezioni precedenti . . . » 444
Cap. VI. Del procedimento davanti ai conciliatori . . . . . » 445
Sez. I. Dell'istruzione della causa » ivi
» II. Dell'incompetenza . . . » 450
» III. Delle sentenze e della loro esecuzione . . . . . » 453
» IV. Disposizioni comuni alle sezioni precedenti . . . » 454
TIT. V. Dei mezzi per impugnare le sentenze . . . . . » 455
Cap. I. Dell'opposizione . . . » 467
» II. Dell'appellazione . . . » 472
» III. Della revocazione . . . » 488
» IV. Dell'opposizione del terzo » 502
» V. Del ricorso per cassazione » 511
Sez. I. Delle sentenze che possono essere impugnate col ricorso per cassazione . » ivi
» II. Del ricorso per cassazione e del procedimento relativo » 522
» III. Delle sentenze . . . . . » 533
» IV. Della rinunzia al ricorso per cassazione e del ritiro delle carte e dei documenti . » 547

LIBRO SECONDO

DELL' ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE, DELLE ORDINANZE E DEGLI ATTI RICEVUTI DA UN UFFIZIALE PUBBLICO

TIT. I. Regole generali sulla esecuzione forzata . . . pag. 551
» II. Dell'esecuzione sui beni mobili . . . . . » 577
Cap. I. Disposizioni preliminari pag. 577
» II. Dei beni mobili che possono essere pignorati . . . » 581
» III. Del pignoramento di mobili

presso il debitore, e della nomina del custode . pag. 594
CAP. IV. Del pignoramento dei frutti non ancora raccolti o non ancora separati dal suolo » 606
» V. Del pignoramento di beni mobili presso i terzi, e dell'assegnamento di crediti in pagamento . . . » 609
» VI. Della vendita e dell'aggiudicazione degli oggetti pignorati . . . » 628
» VII. Delle opposizioni e delle domande in separazione dei mobili pignorati . . . » 644
» VIII. Dell'assegnazione e della distribuzione del danaro ricavato dall'esecuzione mobiliare . . . » 631
» IX. Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di esecuzione mobiliare » 656
TIT. III. Dell'esecuzione sopra i beni immobili . . . » 663
CAP. I. Del giudizio di spropriazione ivi
Sez. I. Della spropriazione contro il debitore . . . » ivi
» 1. Disposizioni preliminari . » ivi
» 2. Del procedimento per l'incanto . . . » 679
» 3. Della rivendita . . . » 710
» 4. Delle eccezioni di nullità, delle domande di separazione di beni immobili, e degli incidenti . . . pag. 718
» 5. Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di spropriazione . . . » 723
Sez. II. Della spropriazione contro il terzo possessore . . . » 727
» III. Disposizione comune alle sezioni precedenti . . . » 732
CAP. II. Del giudizio di graduazione » 734
Sez. I. Dello stato di graduazione » ivi
» II. Del pagamento o deposito del prezzo, e delle ordinanze per la cancellazione delle ipoteche . . . » 745
» III. Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione . . . » 754
CAP. III. Del giudizio di purgazione dalle ipoteche . . . » 760
TIT. IV. Dell'esecuzione per consegna o rilascio di beni . . . » 781
CAP. I. Della consegna dei beni mobili . . . » 782
» II. Del rilascio dei beni immobili 785
TIT. V. Dell'arresto personale . . . » 789
CAP. I. Disposizioni preliminari . » ivi
» II. Dell'esecuzione dell'arresto » 791
» III. Della conferma in arresto sulla istanza di altri creditori . . . » 790
» IV. Della liberazione del debitore 802

LIBRO TERZO

DEI VARII PROCEDIMENTI SPECIALI

TIT. I. Disposizioni comuni per le materie da trattare in Camera di consiglio . pag. 817
» II. Dell'azione civile contro le autorità giudiziarie e gli uffiziali del Ministero pubblico 821
» III. Disposizioni relative agli assenti . . . » 836
» IV. Disposizioni relative al matrimonio, all'autorizzazione della donna maritata, e alla separazione personale dei coniugi . . . » 844
CAP. I. Del matrimonio pag. 844
» II. Dell'autorizzazione alla donna maritata . . . » 848
» III. Della separazione personale dei coniugi . . . » 857
TIT. V. Disposizioni relative ai minori di età . . . . » 865
CAP. I. Dei Consigli di famiglia e di tutela . . . » ivi
» II. Della vendita volontaria dei beni dei minori . . . » 874
Sez. I. Della vendita dei beni mobili ivi
» II. Della vendita dei beni immobili . . . » 875

TIT. VI. Dell'interdizione e della inabilitazione . . . pag. 886
» VII. Della rettificazione degli atti dello stato civile . . » 900
» VIII. Del procedimento relativo all'apertura delle successioni 904
CAP. I. Dell'apposizione e della rimozione dei sigilli . . » ivi
Sez. I. Dell'apposizione dei sigilli » ivi
» II. Della rimozione dei sigilli e delle relative opposizioni 914
CAP. II. Dell'inventario . . . . » 923
» III. Del benefizio d'inventario » 937
» IV. Delle divisioni . . . . » 949
» V. Del curatore all'eredità giacente . . . . . » 962
» VI. Della separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede . . . pag. 966
TIT. IX. Dell'offerta di pagamento e del deposito . . . . » 970
» X. Del modo di ottenere la copia o la collazione degli atti pubblici . . . . » 982
» XI. Del sequestro e della denunzia di nuova opera o di danno temuto . . » 989
CAP. I. Del sequestro . . . . » ivi
Sez. I. Del sequestro giudiziario » ivi
» II. Del sequestro conservativo » 995
CAP. II. Della denunzia di nuova opera o di danno temuto 1007
TIT. XII. Della esecuzione degli atti delle autorità straniere » 1014

INDICE DELL'APPENDICE

O ANNOTAZIONI AGGIUNTE

GIUNTA I. Della competenza generale; del Potere giudiziario e amministrativo; considerazioni sulla Legge del 20 maggio 1865 . . . . . pag. 1033
» II. Sui conflitti di giurisdizione fra le Autorità amministrative e giudiziarie . . . . . » 1041
» III. Questioni di competenza sulla Legge della ricchezza mobile, del 14 luglio 1864 . . . . . » 1044
» IV. Competenza in materia di capacità elettorale . . . . . » 1045
» V. Sugli articoli 132, 134, 135. Redazione dell'atto di citazione . . » 1046
» VI. All'articolo 190 . . . . . » 1048
» VII. All'articolo 156, capoverso 1 e 2. Forma del mandato. . . . . » 1049
» VIII. Del procedimento formale e sommario, e degli incidenti . . . . » 1050
» IX. Sull'ammissione in genere della prova testimoniale a fronte di una convenzione scritta . . . . . » 1061
» X. Sul termine generale del processo testimoniale . . . . . » 1063
» XI. La istanza di appello cade in perenzione, come quella del primo giudizio, se la dichiarazione di contumacia non è chiesta nel termine legale . . . . . » 1064
» XII. Se la parte a cui favore si è verificata la perenzione d'istanza agisca regolarmente, riassumendo il giudizio onde far dichiarare l'avvenimento della perenzione . . . . . » 1065

Digitized by Google

GIUNTA XIII. Intorno al senso dell'articolo 384: « La sentenza che dichiara la contumacia, pronuncia sulle conclusioni della parte istante . . pag. 1066
» XIV. Sul pregiudizio nascente dalle sentenze interlocutorie . . . . . » 1068
» XV. Se il pronunciato di un tribunale sotto nome di Ordinanza sia appellabile quando in luogo di essa doveva proferirsi una sentenza . » 1070
» XVI. Sulla reiezione o deserzione dell'appello . . . . . » 1072
» XVII. Sull'appello dalle sentenze proferite nei giudizi di spropriazione . » 1077
» XVIII. Agli articoli 695 e 699, e delle attinenze che hanno fra loro questi due articoli . . . . . » ivi
» XIX. Se nei giudizi di separazione personale fra coniugi abbia luogo l'intervento dei procuratori . . . . . » 1078
» XX. Del travisamento o falso supposto in quanto sia deducibile come mezzo di cassazione . . . . . » 1079
» XXI. Sul segreto delle deliberazioni . . . . . » 1087
» XXII. Sulla forma dei ricorsi e controricorsi in Cassazione . . . . . » 1088
» XXIII. Se appello incidentale possa mai proporsi dopo la iscrizione in ruolo » 1090
» XXIV. Della relazione fra i procedimenti pretoriali e quelli relativi ai tribunali civili e alle Corti d'appello . . . . . » 1091
» XXV. Se cassata una sentenza si possa ricorrere di nuovo in cassazione contro la sentenza del giudice di rinvio, che si è uniformata alla giurisprudenza della Corte suprema . . . . . » 1093
» XXVI. Di alcune regole di procedura per formare le istanze di sequestro giudiziario e di sequestro conservativo . . . . . » 1098

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE GENERALE ALFABETICO

A

Accesso giudiziale. Ragione dell'accesso, art. 271, pag. 283. — Se sia sempre necessaria la delegazione di un giudice, art. 271, p. 284. — Forma della ordinanza o sentenza relativa, art. 272, p. 285. — Estensione dell'accesso, *ivi*. — Concorso di periti, art. 272, p. 286. — Spese dell'accesso, art. 273, p. 286. — Deposito di esse. Anticipazione, art. 273, p. 287. — *Quid*, rispetto a proseguire il giudizio, se l'accesso decretato non ha mai avuto luogo? art. 274, p. 288. — Operazione del giudice delegato, art. 275, p. 289, art. 276, p. 290, art. 277, p. 290, art. 278, p. 290. — Potere discrezionale. Testimonii sentiti sul luogo, art. 278, p. 290-291. — Ricusabilità di testimonii e periti, art. 278, p. 291. — Accesso del giudice in causa di denuncia di nuova opera e di danno temuto, art. 939, p. 1012.

Accettazione dei giudicati. Teorica relativa, art. 465, pag. 455.

Alimenti. Questioni alimentarie. Competenza, art. 71, pag. 84. — Pignoramento di assegni alimentarii, art. 592, p. 592. — Delle spese degli alimenti per carcerazione del debitore art. 761, p. 798, art. 774, p. 810. — Assegnazione alimentaria in giudizio di separazione personale dei coniugi, art. 810, p. 862.

Appello. Dalle sentenze degli arbitri, art. 28, p. 53. — Nelle cause di ricusazione, art. 129, p. 134. — Non è appellabile la sentenza che ammette la ricusa dei periti, art. 257, p. 271. Appellabilità delle sentenze interlocutorie, art. 360, p. 376. — Appello da sentenza del conciliatore in fatto di competenza, art. 459, p. 451. — *Diritto d'appello*. Generalità, art. 481, p. 473. — Delle sentenze appellabili, art. 481, p. 474. — Combinazione dei termini di opposizione e d'appello, *ivi*. — Modi dell'appellazione. Appello principale, art. 486, p. 476. — Delle sentenze che contengono capi distinti, art. 486, p. 477. — Rapporti del garante e del garantito rimpetto all'appello, *ivi*. — Dell'appello incidentale, art. 487, p. 478. — Sul contenuto dell'appello incidentale, *ivi*. — Del termine relativo, art. 487, p. 479. — La deserzione dell'appello principale non fa cadere l'incidentale, art. 487, p. 480. — Rinunzia, *ivi*. — Deposito della sentenza e degli atti del primo giudizio, art. 489, p. 481. — Vietate in appello le *domande nuove*, art. 490, p. 482. — Nozione della nuova domanda, *ivi*. — Delle domande virtualmente comprese od accessorie, *ivi*. — Seguono questioni relative, *ivi*. — Sulla eccezione della compensazione, art. 490, p. 484. — Efficacia del consenso delle parti, art. 490, p. 485. — Dell'intervento in causa d'appello e dei suoi limiti, art. 491, p. 486. — Quando il giudice d'appello deve limitarsi a conoscere della competenza, art. 493,

Digitized by Google

p. 487. — Appello dalle sentenze di rivocazione, art. 509, p. 501. — Sentenze emanate in procedimento esecutivo mobiliare, dichiarate inappellabili, art. 655, p. 657. — Termine ad appellare dalle sentenze non escluse, art. 656, p. 660. — Quali persone a citarsi? *ivi*. — Interesse. Esame in relazione al giudizio di concorso, *ivi*. — Termine a comparire, *ivi*. — Dichiarazione d'appello. Effetto sospensivo, art. 657-658, p. 662. — *Appello nei giudizi di spropriazione*. Delle sentenze non appellabili, art. 702, p. 723. — Termine dell'appello da ogni altra sentenza, art. 703, p. 725. — Delle sentenze anteriori a quelle di vendita, *ivi*. — Interposizione e notificazione dell'appello, art. 703, p. 726. — Del procedimento in appello, *ivi*. — Appello in cause di separazione di beni immobili, art. 704, p. 727. — Appellabilità delle sentenze pronunziate in giudizio di graduazione, art. 725, p. 754. — Notifica delle sentenze e decorrenza dei termini d'appello, art. 725, p. 755. — Citazione in appello, art. 725, p. 756. — Procedimento in appello, *ivi*. — Domande nuove, art. 725, p. 757. — Appello incidente o adesivo, art. 725, p. 758. — Dalle sentenze che rigettano l'eccezione di nullità nei giudizi di purgazione ipotecaria non è concesso l'appello, art. 738, p. 778. — Appellabilità delle sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto personale, art. 777, p. 814. — La sentenza in giudizio d'azione civile si ritiene inappellabile, art. 791, p. 884. — Appello dalla sentenza di autorizzazione della donna maritata. A chi ne compete il diritto, art. 802, p. 853. — Appello in giudizio di separazione personale, art. 810, p. 864. — Appello dalle sentenze d'interdizione o inabilitazione, art. 841, p. 893-894-895-896. — Dalle sentenze di revoca, art. 842, p. 898. — Appello nei giudizi di divisione, art. 885, p. 951. = *V.* Giunta XV, p. 1070; XVI, p. 1072; XVII, p. 1077; XVIII, *ivi*; XXIII, p. 1090.

Appello incidentale. Sull'appello incidentale *V.* Giunta XXIII, pag. 1090. = *V.* **Appello.**

Arbitri conciliatori. Nominati dal tribunale di commercio, art. 402, pag. 410. — Possono ricusarsi, art. 403, p. 410. — Nominati dal pretore, art. 434, p. 429. = *V.* **Compromesso.**

Arresto personale. In seguito di cauzione giudiziale, art. 329, pag. 354-355. — Arresto del custode dei mobili pignorati, art. 603, p. 604. — Arresto personale. Generalità, art. 750, p. 789. — Precetto, art. 751, p. 791. — Esecuzione dell'arresto, art. 752, p. 791. — In quai tempi e luoghi è vietata, art. 753, p. 792, art. 754, p. 794. — Del salvocondotto, *ivi*. — Istanza del debitore arrestato onde presentarsi all'autorità, art. 755, p. 795. — Decreto del pretore o presidente, art. 756, p. 796. — Consegna dell'arrestato nella casa dei debitori, art. 757, p. 796. — Processo verbale di arresto, art. 758-759, p. 797. — Anticipazione di spesa degli alimenti, art. 761, p. 798. — Conferma dell'arresto, art. 763-764, p. 799. — Cumulo delle esecuzioni per cause penali e civili, e durata dell'arresto, art. 765, p. 800. — Liberazione del debitore, art. 766, p. 802. — Domanda di nullità dell'arresto. Questioni di competenza, art. 767, p. 802, ecc. — Concessioni o rinunzie del debitore, inefficaci, art. 767, p. 803. — Annullamento dell'arresto e conseguenze, art. 768-769, p. 805. — La conferma dell'arresto per altro creditore non è annullata. Osservazioni, art. 769, p. 805. — Liberazione del debitore per effetto del pagamento, art. 771, p. 807. — Se facciasi luogo ad attenuare la durata dell'arresto, art. 771, p. 808. — Del pagamento offerto sotto condizioni o riserve, art. 771, p. 809. — Estrazione provvisoria dal carcere, *ivi*. — Liberazione per difetto di anticipazione degli alimenti, art. 774, p. 810. — Per tempo finito. Se il custode possa dimettere il carcerato, art. 776, p. 811. — O piuttosto s'interponga decreto di magistrato, art. 776, p. 812. — Diversi modi di sentenze in fatto di arresto personale, art. 777, p. 813. — Domande di scarcerazione provvisoria, *ivi*. — Sentenze che pronunciano la nullità quanto alla loro esecuzione o appellabilità, *ivi*.

Assenti. Generalità, art. 793-794, pag. 836. — Dichiarazione d'assenza, art. 794, p. 837. — Competenza, art. 794, p. 836, 837, 840. — Possesso definitivo, art. 794, p. 838-839. — Della cauzione, art. 795, p. 840. — Dell'inventario, art. 796, p. 841. — Accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario, *ivi*. — Esercizio amministrativo, *ivi*. — Dell'amministrazione dei beni del condannato, art. 796, p. 843.

Atto pubblico. Forza legale dell'atto pubblico, art. 292, pag. 293. — Condizione di esso sotto

Digitized by Google

querela di falso civile, art. 305, p. 329. = *V.* **Atti pubblici, Copie, Falso e Verificazione di scritture.**

Atti conservatorii. Loro indole e categorie varie, art. 848, pag. 905.

Atti pubblici *quanto alla copia o collazione.* Fede delle copie autentiche. Copie di copie. Loro valore provante, art. 913, pag. 982. — Varie classi di depositarii pubblici, art. 913, p. 983. — Ordinamento della procedura in caso di ritardo o di rifiuto nel dare le richieste copie, art. 914-915, p. 984, art. 916, p. 985. — Sulla competenza, *ivi.* — Della *collazione*, suoi caratteri, ed applicazioni, art. 918, p. 986. — Dell'autorità cui è demandato tale ufficio, art. 918, p. 987. — Processo e verbale della collazione, art. 919, p. 988. — Collazione degli atti che sono presso funzionarii giudiziali, art. 920, p. 989.

Azione in genere. Personale e reale su beni mobili, art. 91, pag. 97. — Azione reale su beni immobili, art. 93, p. 98. — Caratteri di azioni reali immobiliari, in quanto si distinguono dalle personali, art. 93, p. 99. — Delle azioni relative alla petizione e divisione della eredità, ecc., art. 94, p. 100. — Azione sociale, art. 96, p. 102. — Azione di rendimento di conti, art. 97, p. 104. — Azione accessoria e principale, art. 99, p. 106. — Di riconvenzione e di compensazione, art. 101, p. 108, art. 102, p. 109.

Azione civile. Responsabilità dell'autorità giudiziaria e degli uffiziali del pubblico Ministero, art. 783, pag. 821. — Considerazioni generali sui caratteri di questa istituzione, *ivi.* — Esercizio dell'azione contro i giudici nel punto di vista individuale, art. 783, p. 823. — Enti collettivi, art. 783, p. 824. — Degli uffiziali del pubblico Ministero, art. 783, p. 825. — Osservazioni specifiche *ivi.* — Denegata giustizia. Duplice istanza, art. 784, p. 826. — Ordine gerarchico della competenza, art. 785, p. 827, art. 786, p. 828. — Del rito, art. 786, p. 831, — Svolgimento del giudizio, art. 788, p. 832, art. 789-790-791, p. 833-834. — Inappellabilità, art. 791, p. 834. — Considerazioni sugli effetti della condanna, *ivi.* — Reiezione, art. 792, p. 835.

Azioni possessorie. Nozioni elementari, art. 82, pag. 92. — Azione possessoria sotto forma di reintegrazione, art. 82, p. 94. — Affinità dell'azione possessoria colla denuncia di nuova opera, *ivi.* — Giudizio possessorio avanti i pretori, art. 443, p. 436. — Divieto del cumulo col petitorio, *ivi.* — Delle prove e dei titoli, art. 443, p. 437. — Principii e massime relative alla materia, art. 443, p. 439. — Autorità del petitorio. Rimedii restitutorii, art. 444, p. 441. — Quando possa istituirsi il petitorio, art. 445, p. 442. — Sequestro giudiziario, *ivi.* — Influenza della sentenza possessoria sul petitorio, *ivi.*

B

Bando venale. Per la vendita di cose mobili, art. 629-630-631, pag. 631. — Contenuto del bando, art. 631, p. 631. — Rinnovazione, art. 632, p. 632. — Bando venale per la vendita forzosa d'immobili, art. 667, p. 686. — Notificazione e pubblicazione del bando, art. 668, p. 687. — Bando di rivendita, art. 690, p. 713. — Bando nella vendita volontaria dei mobili del minore, art. 818, p. 872. — Degli immobili, art. 827-828, p. 877.

Beni mobili e immobili. Universalità dei mobili, art. 90, pag. 97. — Pel rilascio di beni *V.* **Esecuzione.**

C

Camera di consiglio. Materie che ivi si trattano, art. 778, pag. 817. — Istanza, art. 779, p. 819. — Reclamo, art. 781, p. 819. — Delle materie di giurisdizione volontaria, art. 782,

p. 820. — Considerazioni sugli attributi del pretore qual preside del Consiglio di famiglia, *ivi*.

Cancelliere. Sua assistenza agli atti dell'autorità giudiziaria, art. 53, pag. 69. — Pene a cui è soggetto, art. 55, p. 70. — Funzioni e responsabilità del cancelliere in giudizio di falsi documenti, art. 313, p. 337. — Responsabilità rapporto al deposito del decimo e delle spese in fatto di vendite giudiziali, art. 672, p. 692.

Cassazione. Ammessa la domanda di cassazione dalle sentenze arbitrali, art. 31, pag. 56. — Generalità, art. 517, p. 513. — Soggetto della cassazione, *ivi*. — Della nullità di forme, art. 517, p. 514. — Se non sia stato sentito il pubblico Ministero nelle cause ov'è necessario, *ivi*. — Violazione di legge. Falsa applicazione, art. 517, p. 517. — Violazione del diritto nella inversione del fatto (travisamento), *ivi*. — Pronunzia su cosa non domandata, art. 517, p. 518. — Aggiudicazione oltre la domanda, art. 517, p. 519. — Omissione di occuparsi di conclusioni speciali, *ivi*. — Disposizioni contraddittorie, *ivi*. — Violazione di cosa giudicata, art. 517, p. 521. — Eccezioni improponibili la prima volta in cassazione, art. 517, p. 522. — Legislazione dei ricorsi, *V.* **Ricorso**. — Del ricorso uffiziale, art. 519, p. 524. — Forma della sentenza, art. 540, p. 534. — Effetto dell'annullamento della sentenza, art. 543, p. 534. — Questioni relative, art. 543, art. 537. — Dei terzi, *ivi*. — Del pubblico aggiudicatario o deliberatario, art. 543, p. 538. — Effetti ipotecarii, *ivi*. — Annullamento per incompetenza e rinvio, art. 544, p. 539. — Controversie d'ordine pubblico, art. 544, p. 540. — Rinvio e giudizio che ne consegue, art. 546, p. 542. = *V.* **Rinvio** e **Corte di cassazione**. = *V.* Giunta XX, *sul travisamento*, p. 1079; XXV, p. 1093.

Cauzione. Della cauzione legale e giudiziaria, art. 329, p. 353. — Cauzione spontanea o decretata, *ivi*. — Termine a proporre, accettare o rifiutare la cauzione, *ivi*. — Forma dell'atto di cauzione, art. 329, p. 353. — Cauzione che presta il creditore o fideiussore chiedente l'incanto in giudizio di purgazione, art. 731, p. 768. — Cauzione dell'usufruttuario, art. 872, p. 934. — Dell'erede beneficiato, art. 875, p. 939, art. 879, p. 946. — Cauzione da prestarsi da chi domanda sequestro giudiziario o conservativo, art. 928-929, p. 1000. — Cauzione che può aver luogo nei giudizi di nuova opera o di danno temuto, art. 938, p. 1010.

Citazione. Da essa, generalmente parlando, ogni giudizio comincia, art. 37, p. 62. — Giorni ed ore in cui una citazione può eseguirsi, art. 42, p. 64. — Citazione per biglietto, art. 133, p. 137. — Generalità dell'atto di citazione, art. 134, p. 138. — Nome e cognome, art. 134, p. 139. — Indicazioni dei fatti, della ragione e dell'oggetto, art. 134, p. 140. — Della residenza o domicilio, art. 134, p. 141. — Del termine. Del nome del procuratore, *ivi*. — Notificazione mediante copia alla persona del convenuto, art. 135, p. 143. — Citazione del rappresentante, art. 136, p. 144. — In ordine a società di commercio e fallimenti, art. 137, p. 145. — Società di commercio o società civili, *ivi*. — Regole prescritte alla notifica delle citazioni, art. 139, p. 147, art. 140, p. 150, art. 141-142, p. 150, art. 143, p. 153. — Nullità della citazione, art. 145, p. 154. — Forma *espositiva* e forma *esecutiva* della citazione. Nullità accidentali e sostanziali, *ivi*. — Omissione, incertezza assoluta, art. 145, p. 155. — Oggetto della domanda, art. 145, p. 156. — Nullità relative alla esecuzione della citazione, *ivi*. = *Quid* se l'originale e la copia non sono conformi, art. 145, p. 157. — Citazione per pubblici proclami, art. 146, p. 158. — Termine a comparire: parte integrante della citazione, art. 147-148-150, p. 160. — Termine arbitrario nella citazione per proclami, art. 152, p. 163. — Termine minore del prescritto produce nullità, art. 153, p. 164. = *V.* Giunta V, p. 1016; VI, p. 1018.

Comparsa personale. Nei giudizi di commercio, art. 401, p. 408. — Avanti i pretori, art. 419, p. 421, art. 446, p. 444. — Comparsa personale dei coniugi avanti il presidente del tribunale, art. 807, p. 859. = *V.* Giunta XIX, pag. 1078.

Compensazione. Quanto alla competenza, art. 100, p. 107-108.

Competenza generale. Libero esercizio dei diritti. Interesse, art. 36, p. 61. — Delegazione della giurisdizione, art. 68, p. 80. — Proroga della giurisdizione, art. 69, p. 81. — Com-

Digitized by Google

petenza per territorio, art. 90, p. 96. — Analisi di questa competenza, *ivi*. — Competenza nelle azioni personali e reali su beni mobili, art. 91, p. 97. — Delle reali immobiliari, art. 93, p. 98. — Competenza nelle azioni di petizione e divisione di eredità, ecc., art. 93, p. 100. — Varie questioni, *ivi*. — Competenza creata dal domicilio elettivo, art. 95, p. 102. — Competenza nell'azione fra socii. Principale stabilimento, come si caratterizza. Quesiti, art. 95, p. 103. — Quando si tratta di rendimento di conti, art. 97, p. 104. — Competenza per connessione e continenza di cause, art. 98, p. 105. — Per azione accessoria, art. 99, p. 106. — Per azioni in garantia, compensazione, riconvenzione, art. 100, p. 107. — Competenza in ordine agli stranieri, art. 105, p. 111, art. 106, p. 112, art. 107, p. 113. — Competenza per l'esercizio dell'azione civile, art. 785, p. 827, art. 786, p. 831. — Competenza che provvede allo stato di assenza, art. 794, p. 836 837-840. — Competenza del tribunale di commercio in ordine agli incidenti, art. 803, p. 855. — *V.* Giunta I, p. 1033; III, *sulla capacità elettorale*, p. 1044; IV, p. 1045.

Compromesso. Origine storica, art. 8, p. 41. — Compromesso sugli alimenti e sui diritti eventuali, art. 8, p. 42. — Fatto da un minore, da un mandatario, dal gerente d'una società commerciale, art. 9, p. 42. — Persone nel cui giudizio si può compromettere, art. 10, p. 43. — Forma del compromesso, art. 11, p. 44. — Degli arbitri venuti a mancare prima della decisione, art. 12, p. 45. — Su quali atti giudicano gli arbitri, art. 15, p. 46. — Morte d'una delle parti. Successione di un minore, art. 16, p. 47. — Forme del giudizio arbitrale, art. 17, p. 47. — Facoltà di delegare, art. 18, p. 48. — Quando gli arbitri devono astenersi, art. 19, p. 48. — Degli arbitri amichevoli compositori, art. 19, p. 49. — Forma della sentenza arbitrale, art. 21, p. 50. — Esecuzione provvisoria, art. 23, p. 51. — Deposito dell'atto di compromesso, art. 24, p. 52. — Come si rende esecutiva la sentenza arbitramentale, *ivi*. — Reclamo dal decreto esecutivo, art. 25, p. 52. — Spese, art. 26, p. 53. — Non si ammette opposizione per contumacia, art. 27, p. 53. — Appellabilità delle sentenze degli arbitri, art. 28, p. 53. — Rinuncia o riserva dell'appello, art. 28, p. 54. — Come si propone l'appello, art. 29, p. 54. — Non si ammette la opposizione di terzo, art. 29, p. 55. — Si ammette la domanda di rivocazione, art. 30, p. 55. — E quella di cassazione, art. 31, p. 56. — Delle nullità delle sentenze arbitrali, art. 32, p. 57. — Come se ne propone la domanda? art. 33, p. 58. — Cause della cassazione del compromesso, art. 30, p. 58. — Ricusabilità degli arbitri, art. 34, p. 59. — Proroga del termine, *ivi*. — Compromessi in materia commerciale, art. 34, p. 60. — Se la opposizione di terzo sia possibile contro sentenza arbitrale, art. 510, p. 502.

Conciliatore. Funzione del conciliatore, art. 1, p. 33. — Origine della istituzione, *ivi*. — Questioni, art. 1, p. 34. — Del consenso da prestarsi all'atto conciliativo. Capacità, art. 2, p. 35. — Della istanza di conciliazione, art. 3, p. 36. — Avvisi. Inviti a comparire. Questioni, art. 4, p. 36. — Rappresentanza. Mandato, art. 5, p. 37. — Udienza. Comparizione, art. 5, p. 38. — Processo verbale di conciliazione, art. 6, p. 38. — Efficacia giuridica dell'atto di conciliazione, art. 7, p. 39. — Valore, art. 7, p. 40. — Se la sentenza sia motivata, art. 7, p. 40. — Appello, *ivi*. — Contratto che si forma nell'atto di conciliazione, *ivi*. — Questioni varie, *ivi*. — Competenza del conciliatore, art. 70, p. 82. — Rapporto alle istanze di riconvenzione, art. 101, p. 108. — *Procedimento avanti i conciliatori*, art. 448, p. 445. — Senza formalità, *ivi*. — Intervento coattivo, art. 449, p. 445. — Produzione dei documenti, art. 450, p. 446. — Interrogatorii, art. 451, p. 446. — Giuramento, art. 452, p. 447. — Esami di testimonii, art. 453-454, p. 448. — Dei casi in cui è necessario il processo verbale, art. 455, p. 448. — Ricusazione del conciliatore, *ivi*. — Eccezione di incompetenza, art. 456, p. 450. — La istanza passa al pretore, art. 457, p. 450. — Dichiarazione d'incompetenza o sospensione del giudizio, art. 458, p. 451. — Appello, art. 459, p. 451. — Sentenze del conciliatore, art. 460, p. 453.

Conclusioni. Generalità, art. 176, p. 187. — Forme delle conclusioni, *ivi*. — Sulla mutabilità delle conclusioni, *ivi*. — Comparsa conclusionale, art. 176, p. 188. — Conseguenza della sua

mancanza, art. 176, p. 189. — Lettura delle conclusioni all'udienza, art. 350, p. 370. — Di quali conclusioni si parla nell'articolo, art. 360, p. 377. — Conclusioni nel procedimento sommario, art. 392, p. 404. — In giudizi d'ordine, art. 716, p. 743.

Confessione giudiziale e stragiudiziale. Inscindibilità della confessione giudiziale, art. 218, p. 227.

Conflitti di giurisdizione. Dell'autorità giudiziaria competente, art. 108, p. 115. — Questioni, *ivi.* — In qual tempo deve farsi la domanda di regolamento di competenza, art. 109, p. 116. — Discussioni sulla liti-pendenza, art. 109, p. 117. — Forme del giudizio, art. 111, p. 118. — Decadenza, art. 112, p. 119. — Dei conflitti positivi e negativi, art. 115, p. 119. = *V.* Giunta II, p. 1041.

Connessione e continenza di cause. Quando si verifichi, art. 98, p. 105.

Consigli di famiglia. Conflitti di giurisdizione, art. 108, p. 116. — Ricusazione del pretore qual preside del Consiglio di famiglia, art 120, p. 129. — Avvertenza relativa, art. 131, p. 136. — Attribuzioni del pretore qual preside del Consiglio di famiglia, art. 782, p. 820. — *Consigli di famiglia e tutela.* Processo verbale, art. 812, p. 865-868. — Dell'autorità del Consiglio di famiglia, *ivi.* — Composizione e convocazione, art. 812, p. 866. — Competenza locale del Consiglio di famiglia, art. 812, p. 867. — Domanda di omologazione delle deliberazioni del Consiglio al tribunale, art. 814, p. 868. — L'omologazione è atto d'amministrazione, art. 814, p. 869. — Formalità della omologazione, *ivi.* — Carattere del giudizio; in quanto sia o no giudizio contraddittorio *ivi.* — Impugnazione delle deliberazioni del Consiglio, art. 815, p. 870. — Convocazione del Consiglio di famiglia prima di pronunciare la interdizione, art. 837, p. 889. — Il Consiglio propone la revoca della interdizione o inabilitazione, cessata la causa, art. 842, p. 896.

Contumacia. Non è ammessa opposizione contro le sentenze degli arbitri, art. 27, p. 53. — Come si verifica la contumacia nei giudizi formali, art. 380, p. 393. — La contumacia è del convenuto e dell'attore, art. 380, p. 394. — Condizioni per far dichiarare la contumacia dell'avversario, art. 381, p. 394. — Convenuto non citato *in persona propria.* Rinnovazione della citazione, art. 382, p. 395. — Termine nel quale si deve chiedere la dichiarazione di contumacia, art. 383, p. 396. — Contumacia di parti presenti e non presenti, art. 384, p. 397. — Dichiarazione di contumacia pronunziata colla sentenza di merito. Osservazioni, art. 384, p. 398. — Atti d'istruzione, art. 385, p. 399. — Comparsa del contumace in via di opposizione o di appello, art. 386, p. 399. — L'attore non può variar conclusioni, art. 387, p. 400. — Spese del giudizio contumaciale, art. 388, p. 400. — Contumacia nelle cause sommarie, art. 392, p. 405. — Nelle cause formali avanti i giudici di commercio, articolo 407, p. 414. — Giudizio contumaciale avanti il pretore, art. 440-441, p. 434, art. 442, p. 435. — *Opposizione del contumace.* A favore del convenuto. Quando si concede, art. 474, p. 467. — Esecuzione delle sentenze contumaciali durante il termine della opposizione, articolo 475, p. 467. — Varii quesiti, art. 475, p. 468. — Del termine a fare opposizione, articolo 476, p. 468, art. 477, p. 469. — Diritto del contumace. Comparso ad allegare la nullità della citazione, art. 476, p. 469. — Notifica personale della sentenza contumaciale, *ivi.* — Che s'intende per primo atto d'esecuzione che suol chiudere al contumace il diritto di opposizione, art. 475, p. 470. — Modi della opposizione, art. 477, p. 470, art. 478, p. 471. — Del rigetto della opposizione, art. 480, p. 472. — Revocabilità delle sentenze contumaciali, articolo 495, p. 493. — Dell'effetto della contumacia nei giudizi di rinvio, art. 546, p. 543. — Non è ammessa opposizione contumaciale dalle sentenze emanate nei giudizi esecutivi, articolo 574, p. 574. — Nè da quelle proferite in giudizio di divisione, art. 895, p. 961. = *V.* Giunta XI, p. 1064; XIII, p. 1066.

Copie. Autentiche del titolo esecutivo, art. 555-556-557, p. 554. — Necessaria conformità della copia notificata con quella in forma esecutiva, art. 562, p. 560. — Copia esecutiva dell'ordinanza del giudice delegato in giudizio d'ordine, art. 722, p. 749. = *V.* **Atti pubblici.**

Corte di cassazione. Non giudica della querela di falso civile, art. 297, p. 319. — Pronuncia

delle Corti a Sezioni riunite, art. 547, p. 545 = *V.* **Cassazione** e **Ricorso**. = *V.* Giunta XX, p. 1079.

Cosa giudicata. Penale. Sua influenza sul falso incidente civile, art. 308, p. 335. — Dei caratteri della cosa giudicata; n'è vindice suprema la Cassazione, art. 517, p. 521.

Custode. Nomina del custode ai mobili pignorati, art. 601, p. 600. — Sottoscrizione del verbale, art. 601, p. 601. — Surrogazione del custode, art. 602, p. 601. — Ufficio ed obblighi del custode, art. 603, p. 602. — Salario, ivi. — A quali persone deve rispondere? art. 603, p. 603. — Possesso del custode. Arresto personale, art. 603, p. 604. — Esonerazione del custode, art. 605, p. 605.

D

Danni. Che conseguitano dal rifiutare la consegna di atti e scritture per verificare atti o scritture impugnate, art. 289, p. 308. = *V.* **Denuncia di nuova opera.**

Decreti. Quali pronuncie portano questo nome, art. 50, p. 68.

Delegazione. Di un giudice alla esecuzione di una prova, art. 220, p. 210. — All'esame di testimonii, art. 230, p. 242.

Deliberatario. Diritti del deliberatario giudiziale, art. 685, p. 704. — Del pericolo del fondo esposto alla vendita giudiziale, *ivi.* — Quali diritti e azione la vendita all'incanto trasferisce nel deliberatario, art. 686, p. 706. — Restano le affezioni reali; le ipoteche si trasportano sul prezzo, *ivi.* — Azioni di rivendicazione; azioni evizionali, art. 686, p. 707. — Efficacia delle locazioni precedenti, eccettuata la frode, art. 687, p. 709. — Deliberatario che non adempie ai proprii obblighi, art. 689, p. 711. — Se la rivendita arreca un maggior prezzo, il deliberatario è favorito della eccedenza, art. 693, p. 713. — Sullo stesso soggetto, art. 694, p. 716-717.

Denuncia di nuova opera. Affinità coll'azione possessoria, art. 82, p. 94. — Delle inibizioni, art. 938, p. 1007. — Della denuncia di nuova opera, e dei caratteri di quest'azione, *ivi.* — Della denuncia in via d'incidente, art. 938, p. 1009. — Criteri direttivi, *ivi.* — Della cauzione, art. 938, p. 1010. — Nozione *del danno temuto*, *ivi.* — Provvedimenti del pretore. Accesso. Perizie, art. 939-940, p. 1012. — Provvedimenti d'urgenza. Competenza del pretore, e dei giudizi che possono aver luogo successivamente, art. 940, p. 1013.

Depositarii pubblici. Loro carattere, art. 289, p. 307. — Loro responsabilità non consegnando gli atti all'effetto di verificare scritture impugnate, art. 289, p. 308. — Apposizione dei sigilli alle cose mobili di colui che fu depositario pubblico, art. 849, p. 910.

Deposito. Deposito di atti e documenti in giudizio formale, art. 177-178, p. 190. — Deposito del documento impugnato di falso, art. 302, p. 326. — Degli atti della causa dopo l'udienza, art. 352, p. 370. — Deposito che accompagna il ricorso in cassazione, art. 521, p. 525. — Del danaro ed oggetti preziosi oppignorati, art. 604, p. 605. — Deposito del decimo del prezzo e delle spese nelle vendite giudiziali, art. 672-673, p. 692, art. 677, p. 698. = *V.* **Offerta reale.**

Distribuzione del prezzo. Valutazione ad oggetto della competenza, art. 75, p. 85. — A quali creditori? art. 651, p. 651. — Stato di assegnazione che il pretore propone, art. 652, p. 653. — Requisiti dei crediti concorrenti, *ivi.* — Degl'ipotecarii concorrenti coi chirografarii sul prezzo di mobili, art. 652, p. 654. — Procedimento, *ivi.* — Potere del giudice delegato a fronte della opposizione, art. 652, p. 655. — Dei diversi stati di assegnazione, *ivi.* — Dell'intervento di nuovi creditori, art. 653, p. 655. — Accettazione dello stato di assegnazione, art. 654, p. 656.

Divisione. Quando ha luogo la divisione giudiziale, art. 882-883-884, p. 949. — Competenza, *ivi.* — Del valore dell'eredità; come si determina, *ivi.* — Dei creditori opponenti

che devono citarsi, art. 882, p. 950. — Dell'appello e delle sentenze d'appello, art. 885, p. 951. — Formalità per la vendita dei mobili, censi, rendite, ecc., art. 886, p. 951-953. — Licitazione o aggiudicazione degli immobili non comodamente divisibili, *ivi*. — Della universalità dei mobili sotto l'aspetto dell'indivisibilità, art. 886, p. 952. — Delle divisioni dei beni dei minori, *ivi*. — Le operazioni della divisione commesse al notaio, art. 887-888, p. 954-955. — Ancora dell'uffizio del notaio, art. 889, p. 956. — Processo verbale delle sue operazioni, *ivi*. — Perito nominato dal notaio. Formazione della quota di divisione, art. 891, p. 957. — Citazione delle parti nello studio del notaio, art. 892, p. 958. — Atti complementarii della divisione, art. 893, p. 958. — Sentenza di omologazione. Sortizione delle quote, art. 894, p. 959. — Atti giudiziarii che precedono la omologazione, *ivi*. — Delle divisioni che hanno luogo sul prezzo delle vendite, art. 894, p. 960. — Sentenze contumaciali nei giudizi di divisione non soggette ad opposizione, art. 895, p. 961. = *V.* Giunta XVIII, p. 1077.

Documenti. Comunicazione nel procedimento formale, art. 167, p. 177. — Dei documenti non prodotti, art. 177, p. 178. — Compulsoria di documenti di proprietà o comuni, *ivi*. — Restituzione dei documenti ricevuti in comunicazione, art. 168, p. 179, art. 171, p. 182. — Modi di comunicazione se più sono i procuratori, art. 169, p. 180. — Vie per costringere i procuratori a restituire i documenti, art. 171, p. 181. — Generalità dell'*articolo* 171, *ivi*. — Vietata la produzione di documenti nuovi dopo la iscrizione in ruolo rimasta ferma, articoli 175-176, p. 186. — Documenti originali e copie autentiche in querela di falso, articolo 302, p. 327. — Soppressione, cancellazione, ecc., dei documenti dichiarati falsi, articolo 309, p. 336.

Domanda. Circoscrive l'oggetto della competenza, art. 73, p. 86.

Domicilio eletto. Elezione secondo il Codice civile. Effetti, art. 40, p. 69. — Domicilio elettivo; competenza che produce, art. 95, p. 102. — Il domicilio eletto come luogo ove si notifica la citazione o indice di competenza, art. 140, p. 151. — Il domicilio di elezione è speciale, *ivi*. — Vi predomina la volontà anzichè la legalità, art. 140, p. 151. — Varii quesiti, *ivi*. — Condizioni, art. 140, p. 152. — Dichiarazione del domicilio nell'atto di costituzione, art. 158, p. 170. — Durata del domicilio giudiziario, art. 160, p. 173. — Domicilio da eleggersi dall'attore eseguente, ed effetti, art. 564, p. 562, art. 741, p. 782.

Donna maritata. Domanda di autorizzazione giudiziale, art. 799, p. 848. — Legislazione comparata, *ivi*. — Ricorso al presidente del tribunale civile, art. 800, p. 849. — Considerazioni sull'articolo 134 del Codice civile, *ivi*. — Competenza e procedimento, impugnandosi il diritto di autorizzazione, art. 800, p. 850. — Della eccezione di nullità nascente dal difetto di autorizzazione, art. 800, p. 851. — Autorizzazione per causa di assenza, *ivi*. — Sentenza sulla domanda di autorizzazione, art. 801, p. 852. — Pronunciata in contumacia non è soggetta ad opposizione, art. 802, p. 853. — Appello, *ivi*. — Il diritto di appellare è dato al marito quando l'autorizzazione è concessa nel dissenso suo, *ivi*. — Forma dell'appello, *ivi*. — Se si ammetta il contraddittorio delle parti, *ivi*. — Autorizzazione implicita, art. 803, p. 854. — Obbligo che incombe all'attore contro la donna maritata di procurarne l'autorizzazione, *ivi*. — Rifiuto del marito, art. 803, p. 855. — Incidente che ne sorge. Esame della competenza del tribunale di commercio, *ivi*. — L'autorizzazione può accordarsi anche colla sentenza di merito, art. 803, p. 856. — Della moglie minore d'età, art. 804, p. 856. = *V.* **Matrimonio.**

E

Eccezioni. D'incompetenza per materia e valore, art. 187, p. 197. — Incompetenza generale e assoluta; speciale e relativa, *ivi*. — Se ogni incompetenza per materia è assoluta, art. 187,

p. 198. — Se la incompetenza in giudizi di petizione di eredità e divisione sia tale *ratione materiæ*, art. 187, p. 199. — Declinatoria del fôro, *ivi*. — Se il chiamato in causa possa opporre la incompetenza *ratione personæ*. Rinvio, *ivi*. — Eccezione declinatoria e della litispendenza quando può proporsi, art. 188, p. 199. — Si propone al modo degli incidenti, art. 189, p. 200. — Eccezioni di nullità, art. 190, p. 201. — La comparsa della parte sana la nullità della citazione, *ivi*. — Dei vizi di sostanza e insanabili, art. 190, p. 202. — Quali sono i diritti *anteriormente acquistati? ivi*. — Sulla riserva portata dall'articolo, art. 191, p. 203. — Quesiti varii, *ivi*. — Eccezione di nullità degli atti di procedura, art. 191-192, p. 204. — Eccezione d'incompetenza proposta al conciliatore, articoli 456-457-458-459, p. 450-451-452. — Eccezioni di nullità. Osservazioni generali, art. 655, p. 657. — Eccezioni di nullità nei giudizi di spropriazione, art. 695, p. 713. — Diverse categorie di nullità stabilito dal legislatore, *ivi*. — Termine a proporle, art. 695, p. 719. — Del diritto di discutere le condizioni della vendita annunziate nel bando, art. 698, p. 720. — Comproprietà indivisa. Diritto di separazione, art. 699, p. 720. — Quando e come si esercita, art. 700, p. 721. — Delle spese, art. 700, p. 722. — Eccezioni di nullità in giudizio di purgazione ipotecaria, art. 737, p. 777. = *V.* **Nullità**.

Enfiteusi. Esame de' suoi caratteri secondo la forma moderna, art. 663, p. 680.

Erede beneficiato. Può esser condannato in proprio nelle spese, art. 372, p. 387. — Delle persone che non possono accettare eredità senza il benefizio dell'inventario, art. 875, p. 938. — L'eredità dell'assente deve accettarsi col benefizio, art. 796, p. 841. — In qual momento chi invocò il beneficio è costituito erede, art. 875, p. 938. — Vendita dei beni mobili. Se l'erede beneficiario che ha dato cauzione possa venderli senz'autorizzazione e senza formalità, art. 875, p. 939. — Dell'autorizzazione e delle formalità prescritte alla vendita dei beni mobili, art. 875, p. 940-941. — Del prezzo della vendita, art. 875, p. 941. — Vendita d'immobili. Considerazioni sulla competenza, art. 876-877, p. 942. — Formalità della vendita, art. 877, p. 943. — Graduazione. Diritti dei creditori, art. 877, p. 944. — Pagamento e distribuzione del prezzo, art. 877, p. 945. — Cauzione. Del giudizio che deve farsi, ed esame della competenza, art. 879, p. 946. — Delle azioni dell'erede contro la eredità, art. 880, p. 946. — Rappresentanza della eredità. Diritto d'intervento dei creditori, articolo 880, p. 947. — In quale condizione di cose l'erede beneficiato è abilitato a transigere, art. 881, p. 947. — Approvazione dell'autorità giudiziaria, *ivi*. — Competenza in ragione di valore, *ivi*. — Delle conseguenze che possono derivare dalla inosservanza delle regole di competenza, art. 881, p. 948.

Eredità giacente. Quando si verifica, art. 896, p. 962. — Sistema della nuova legislazione, *ivi*. — Nomina e operazioni del curatore, art. 898, p. 965. — Quando il curatore può transigere, art. 899, p. 965. — A chi devolve l'attività residua, pagati i debiti, art. 899, p. 966. — Se il decreto che nomina il curatore alla eredità giacente sia appellabile, *ivi*.

Errore. Materiale. Come si corregge, art. 473, p. 466. — Che è l'errore materiale, e la ommissione non producente nullità? *ivi*. — Errore di fatto quale fondamento di revocazione, art. 494, p. 491.

Esame. = *V.* **Testimonii**.

Esecuzione provvisoria della sentenza. Esecuzione provvisoria della sentenza degli arbitri, art. 23, p. 51. — Requisiti. Titolo autentico, art. 363, p. 381. — Termine-rapporto alle locazioni, art. 363, p. 382. — Ha luogo nonostante opposizione o appello, art. 364, p. 332. — Non si può ordinare con nuova sentenza, art. 365, p. 383. — Delle sentenze contumaciali, art. 475, p. 467. — Domanda d'inibitoria, art. 484, p. 475. — Esecuzione provvisoria di sentenza d'arresto personale, art. 750, p. 789. — E di quelle che ne pronunziano la nullità, art. 777, p. 813. = *V.* **Sentenze**.

Esecuzione in genere. In quai giorni è vietata, art. 42, p. 64. — Quale si direbbe il primo atto di esecuzione? art. 477, p. 470. — Dei titoli esecutivi, art. 553-554, p. 551. — Della copia del titolo esecutivo come istrumento della esecuzione forzata, art. 555-556-557, p. 554. —

Eredi, art. 560, p. 556. — Condizioni della eseguibilità, art. 561, p. 557. — Notificazione del titolo esecutivo e del precetto, art. 562, p. 559. — Precetto. Suo contenuto, art. 563, p. 561. — Notificazione degli atti in corso di esecuzione, art. 564, p. 561. — Del cessionario del debitore solidario, art. 564, p. 562. — Elezione di domicilio, e notifiche al domicilio eletto, art. 564, p. 562. — Quando non occorre il precetto, art. 565, p. 563. — Perenzione del precetto, art. 566, p. 564. — Cumulo dei mezzi di esecuzione, art. 567, p. 565. — Debito certo e liquido, art. 568, p. 566. — Morte del debitore. Come prosegue la esecuzione contro gli eredi, art. 569, p. 567. — Quando s'intende cominciata la esecuzione, art. 477, p. 470, art. 569, p. 568. — Controversie sulla esecuzione, Competenza, art. 570, p. 569. — Esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio, art. 570, p. 570. — Questioni di competenza in altri casi, *ivi*. — Esecuzione degli atti contrattuali esecutivi, art. 570, p. 571. — Delle controversie sull'esecuzione delle sentenze della Corte di cassazione, art. 571, p. 573. — Competenza pretoriale, art. 572, p. 574. — Procedimento sommario, art. 573, p. 574. — Surrogazione al creditore negligente nella esecuzione, articolo 575, p. 575. — Resistenza all'ufficiale procedente, art. 576, p. 576. — Esame di principii nel rispetto della divisione generale dei beni, art. 583, p. 582, ecc., art. 633, p. 633. = *V.* **Precetto.**

Esecuzione sui beni mobili. Forma del precetto, art. 577, p. 577. — Pignoramento istantaneo per cause urgenti, art. 578, p. 578. — Opposizione al precetto, forma ed effetti, art. 579-580, p. 579-580. — Perenzione del pignoramento, art. 581, p. 581. — Estensione del pignoramento. Mobili presso il debitore o presso terzi, art. 583, p. 581. — Dei principii giuridici relativi alle esecuzioni nel rispetto della divisione dei beni, articolo 583, p. 582, ecc. — Mobili che non possono pignorarsi, art. 586, p. 585, ecc. — Provvedimenti nel caso di pignoramento di animali o attrezzi servienti alla coltivazione, art. 587, p. 588. — Pignoramento dei frutti non ancora raccolti, ecc., art. 589, p. 590. — Mobili e frutti indivisi, art. 590, p. 591. — Stipendii e pensioni dovute dallo Stato, art. 591, p. 591. — Pignoramento degli assegni alimentarii, art. 592, p. 592. — Il pignoramento di mobili, opera dell'usciere, art. 593, p. 594. — Forma del pignoramento, art. 594, p. 595. — Processo verbale di pignoramento. Nullità che possono derivare dalla inosservanza, articolo 597, p. 596. — Se trovisi un altro pignoramento compito o in corso, art. 598, p. 597 — Nomina del custode, art. 601, p. 600. — Responsabilità dell'usciere, *ivi*. — Concorso del custode nel processo verbale, art. 601, p. 601. — Surrogazione del custode, art. 602, p. 601. — Ufficio ed obblighi del custode, art. 603, p. 602. — Salario, *ivi*. — A quali persone deve rispondere? art. 603, p. 603. — Il custode possiede? 603, p. 605. — Consegna del processo verbale al custode. Deposito del danaro, ecc., art. 604, p. 605. — *Pignoramento dei frutti non ancora raccolti*. Delle disposizioni applicabili a questo modo di esecuzione, art. 606, p. 606. — Di un fondo goduto a titolo di usufrutto, art. 606, p. 607. — La vendita dei frutti è autorizzata dal pretore locale, art. 610, p. 608. — Pignoramento di beni mobili *presso terzi*. Atto iniziale, art. 611, p. 610. — Nozione del terzo, *ivi*. — Crediti pignorabili, art. 611, p. 611. — Qualità e condizione del credito, oggetto del sequestro esecutivo, art. 611, p. 612. — Del sequestro sopra se stesso, art. 611, p. 613. — Il pignoramento o sequestro esecutivo è fondato nell'azione personale, art. 611, p. 614. — Se si eserciti anche sopra un quarto, *ivi*. — Analisi dei requisiti dell'articolo 611, art. 611, p. 614, ecc, — Effetti dell'atto di pignoramento regolarmente notificato al terzo, art. 612, p. 616. — Delle cessioni fatte dal debitore sequestrato prima e dopo il sequestro, art. 612, p. 617. — Prescrizione, *ivi*. — Interessi, art. 612, p. 618. — Dichiarazione del terzo, art. 613, p. 618-619. — Vincolo delle somme sequestrate a quanto si estenda, *ivi*. — Difetti della dichiarazione, art. 614, p. 620, ecc. — Magistrato competente, *ivi*. — Controversie sulle dichiarazioni. Competenza, art. 616, p. 622. — Spese della dichiarazione, art. 617, p. 623. — Assegnazione in pagamento, art. 619, p. 624. — Se sia definitiva, *ivi*. — Altre opposizioni in pendenza d'appello, *ivi*. — Delle somme prontamente esigibili o non esigibili, art. 620,

p. 625. — Sul pignoramento delle rendite. Osservazioni, *ivi*. — Modi di assegnamento delle rendite, art. 621-622, p. 627.

Esecuzione sopra beni immobili. Ricordanze storiche, art. 659, p. 664. — Oggetto della esecuzione immobiliare, art. 659, p. 665. — Della esecuzione sull'usufrutto, *ivi*. — O sull'azione di rivendicazione di un immobile, art. 659, p. 666. — O di servitù prediali, *ivi*. — Della espropriazione del fondo specialmente ipotecato, art. 659, p. 667. — Titolo esecutivo, *ivi*. — Del precetto, art. 659, p. 668. — Della trascrizione, *ivi*. — Del possesso del debitore quale sequestratario giudiziale, art. 659, p. 670. — Della immobilizzazione dei frutti, art. 659, p. 672. — Perenzione della istanza di spropriazione dopo un anno, articolo 659, p. 673. — Diritto di opposizione al precetto, art. 660, p. 675. — Istanza di vendita, art. 662, p. 679. — Offerta preliminare del creditore procedente, art. 663, p. 680. — Generalità, *ivi*. — Come si forma l'offerta in caso di enfiteusi, *ivi*. — Nomina di perito, art. 664, p. 682. = *V.* **Vendita giudiziale** ed **Eccezioni**. = Esecuzione sopra beni indivisi, art. 700, p. 720. — Espropriazione del terzo, *V.* **Terzo possessore**. = Quali formalità nei processi esecutivi d'immobili devono osservarsi sotto pena di nullità, articolo 707, p. 732. — Diritto personale ad opporre la nullità, art. 707, p. 733.

Esecuzione per consegna, e rilascio di beni. Fondamento di questa esecuzione, articolo 741, p. 781. — Del precetto, *ivi*. — Elezione di domicilio, art. 741, p. 782. — *Consegna di beni mobili*, art. 742, p. 782. — Della opposizione del debitore, *ivi*. — Assistenza della parte istante, art. 742, p. 783. — Processo verbale di esecuzione, art. 743, p. 783. — Deposito del processo-verbale, art. 744, p. 784. — Osservazioni sulla competenza, *ivi*. — *Rilascio di beni immobili*, art. 745, p. 785. — Dei caratteri generali di questo istituto, art. 746, p. 785. — Del processo verbale di esecuzione, art. 747, p. 786. — Disposizione dei mobili di altrui spettanza o di ragione del proprietario espulso, art. 749, p. 787.

Esecuzione degli atti di autorità straniere. Dei diritti autonomi dello Stato quanto all'accettazione delle leggi straniere, ed alla esecuzione dei giudicati stranieri, art. 941, p. 1014. — Esame specifico dell'articolo 941. Competenza, art. 941, p. 1017. — Citazione legittima, art. 941, p. 1019. — Rappresentanza legittima, *ivi*. — Disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno dello Stato, *ivi*. — Conseguenze della revoca e annullamento del giudicato straniero, *ivi*. — Del giudizio di delibazione, e quale sia la Corte d'appello competente, art. 942, p. 1020. — Sequestri ordinati da autorità straniera, articolo 943, p. 1021. — Competenza e forme del procedimento secondo l'articolo 10, delle disposizioni preliminari del Codice civile, *ivi*. — Atti autentici ricevuti in paese straniero. Delle loro estrinseche forme, art. 944, p. 1022. — Esecuzione di sentenza arbitrale estera, art. 944, p. 1023. — Come per atto stipulato all'estero possa iscriversi ipoteca nello Stato italiano, *ivi*. — Degli atti d'istruzione ordinati da magistrati stranieri, art. 945, p. 1024. — Delle richieste per via diplomatica, art. 946, p. 1024. — Della necessità in ogni caso del giudizio di delibazione per le eseguibilità delle sentenze straniere, art. 948, p. 1025. — Della efficacia generale della sentenza che autorizza la esecuzione, art. 949, p. 1026. — Della esecuzione degli atti di volontaria esecuzione celebrati in paese estero, *ivi*. — Convenzioni internazionali. Trattati politici, art. 950, p. 1027. — Della esecuzione dei giudicati nei paesi politicamente annessi o separati dopo la pronuncia di essi giudicati, art. 950, p. 1028. — Della esecuzione delle sentenze proferite in paesi temporariamente invasi dal nemico, indi restituite, art. 950, p. 1029.

F

Fallimento. Competenza nelle azioni di dolo e frode, art. 91, p. 98.

Falso civile. Querela di falso, art. 296, p. 316. — Falso principale o falso incidente, *ivi*. — Delle varie maniere del falso civile, art. 296, p. 317. — Distinzione dalla semplice impu-

gnativa alla querela di falso, art. 296, p. 318, art. 299, p. 321. — Questione, art. 296, p. 319. — La querela di falso incidente può sempre proporsi, art. 297, p. 319. — Interpellazione della parte. Dichiarazione, art. 299, p. 320. — Se dichiara di non volersi servire del documento, art. 300, p. 321. — Dichiarazione affermativa, art. 301, p. 322. — Termine a fare la dichiarazione, *ivi*. — Se il tutore sia implicitamente autorizzato a dar querela di falso nell'interesse del pupillo, *ivi*. — Forma della querela, art. 301, p. 323. — Motivi della querela, *ivi*. — Falso materiale, falso morale, *ivi*. — Dell'accettazione della querela, art. 301, p. 324. — Se il magistrato sia sempre obbligato a darvi corso, art. 301, p. 325. — Se ammessa la querela, sia sempre necessario il processo di verificazione, articolo 301, p. 326. — Deposito del documento impugnato, art. 302, p. 326. — Atto originale. Copie autentiche, art. 302, p. 327. — Processo verbale, art. 303-304, p. 328. — Motivi del giudizio di falsità, art. 305, p. 329. — Condizione dell'atto pubblico sotto una querela di falso civile, *ivi*. — Testimonii da esaminarsi in giudizio di falso civile, art. 306, p. 330. — Testimonii istrumentarii, *ivi*. — Periti, art. 307, p. 333. — Prova per titoli e documenti, *ivi*. — Mandato di cattura. Sospensione della causa civile, art. 308, p. 333. — Desistenza, art. 308, p. 335. — Effetto del giudicato penale, *ivi*. — Soppressione, cancellazione, ecc. del documento dichiarato falso, art. 309, p. 336. — Documenti e carte da restituirsi, art. 310-311, p. 337. — Funzioni e responsabilità dei cancellieri, art. 313, p. 337. — Multe e danni a carico del querelante che ha perduto, art. 314, p. 338. — Effetti della desistenza rispetto alla pena, art. 314, p. 339. — *Quid* se il documento non è stato che rigettato dagli atti? *ivi*. — Transazione in giudizio di falso civile, art. 316, p. 340. — Via penale, art. 317, p. 341. — Querela di falso in giudizio pretoriale, art. 431, p. 428.

Frutti. Liquidazione dei frutti, art. 328, p. 352. — Pignoramento dei frutti non ancora raccolti, ecc., o indivisi, art. 589, p. 590, art. 590, p. 591, art. 606, p. 606. — Immobilizzazione dei frutti, art. 659, p. 672.

G

Garante, Garantito, e dei loro rapporti. Quanto all'intervento volontario o coatto nel corso dei giudizi, art. 104, p. 205, art. 195, p. 207, art. 198, p. 209, art. 199, p. 211, art. 423, p. 423, art. 449, p. 445. — Rimpetto all'appello, art. 486, p. 477. = *V.* **Intervento.**

Giuramento decisorio. Ammesso dopo la iscrizione in ruolo, art. 175, p. 186. — Può deferirsi in qualunque stato e grado della causa, art. 220, p. 230. — Se la proposizione dedotta in giuramento sia combattuta da prove contrarie, art. 220, p. 231. — Se il giuramento possa proporsi in conclusioni sussidiarie, *ivi*. — Requisiti dell'ammissibilità del giuramento, art. 222, p. 232. — Riduzione della formula, art. 222, p. 233. — Ordinanza che stabilisce il giorno alla prestazione del giuramento, *ivi*. — Del giuramento in quanto è riferibile, art. 224, p. 234. — Del giuramento di scienza, art. 224, p. 235. — Notificazione della ordinanza, *ivi*. — Difetto di risposta. Conseguenza, *ivi*. — Forma religiosa della prestazione, art. 226, p. 236. — Formula di risposte giurate, art. 226, p. 237. — Presenza non necessaria del deferente, *ivi*. — Effetto del giuramento, *ivi*. — Prova per giuramento avanti il pretore, art. 425, p. 425. — Avanti il conciliatore, art. 452, p. 447.

Giuramento suppletivo o d'ufficio. Come siano applicabili le norme di rito del giuramento decisorio, art. 228, p. 238.

Graduazione. Giudizio, art. 708, p. 734, art. 709, p. 735, art. 710, p. 735. — Sviluppo di una teoria sull'azione e collocazione dei creditori ipotecarii, art. 710, p. 736, ecc. — Termine a concorrere. Produzione dei titoli, art. 714, p. 740. — Giudizio di sott'ordine o secondo stato di graduazione, art. 715, p. 741. — Pronunzia. Sentenza d'omologazione. Procedimento, art. 716, p. 742. — Forma della sentenza, art. 716, p. 743. — Collocazione

Digitized by Google

del creditore graduato in più giudizi d'ordine, *ivi*. — Osservazioni generali sulla qualità dei crediti ammissibili in giudizi d'ordine, art. 716, p. 744. — Liquidazione dei crediti. Perizia, art. 717, p. 745. — Note di collocazione. Loro esecutorietà, art. 718, p. 746. — Combinazioni in caso di rivendita, art. 718, p. 747. — Atti dei creditori. Procedimento, art. 721, p. 748. — Ordinanza del giudice delegato in forma esecutiva. Reclamo, art. 722, p. 749. — Mezzi attribuiti al compratore per liberarsi dagli interessi del prezzo, art. 723, p. 750. — Spese, art. 723, p. 752. — Impiego interinale della somma del prezzo, art. 724, p. 753. = *V.* **Appello**. = Stato definitivo dopo la riforma della sentenza, art. 726, p. 759. — Graduazione in giudizio di purgazione ipotecaria, art. 728, p. 763.

I

Incidenti. Varia natura degli incidenti, art. 181, p. 191. — Semplicità della forma secondo il Codice, art. 181, p. 192. — Facoltà del presidente, art. 181, p. 193. — Degli incidenti che non possono decidersi che per sentenza, *ivi*. — Se sia generale la sistemazione degli incidenti tracciata nei correnti articoli, *ivi*. — Casi di urgenza. Reclamo dalla ordinanza del presidente, art. 183, p. 194. — Incidenti in cause pretoriali, *ivi*. — Ordinanza che rimette le parti a udienza fissa, e sue forme, art. 184, p. 195. — Spiegazioni, *ivi*. — Forma della istanza avanti il presidente, art. 185, p. 196. — Termine, *ivi*. — Il presidente può delegare, art. 186, p. 196. — Forma degli incidenti nei giudizi pretoriali, art. 423, p. 424. = *V.* Giunta VIII, p. 1050.

Individuità, Indivisibilità. In quai modi possa intendersi, art. 283, p. 301. — Indivisibilità in relazione alle sentenze o ai loro effetti, art. 471, p. 464. — Licitazione o aggiudicazione degli immobili di non comoda divisione, art. 886, p. 951. — Della universalità dei mobili nell'aspetto della indivisibilità, art. 886, p. 952.

Interdizione e inabilitazione. Considerazioni preliminari, art. 836, p. 887. — Del tribunale competente; se quello della residenza, quando sia conosciuta, abbia la priorità, *ivi*. — Documenti giustificativi del ricorso, art. 836, p. 888. — Se la interdizione non possa altrimenti dichiararsi che seguendo tutte le formalità del giudizio, *ivi*. — Gli eredi di un supposto demente morto in pendenza del giudizio possono far annullare i suoi atti, preesistente la *causa*, *ivi*. — Convocazione del Consiglio di famiglia, art. 837, p. 889. — Il Consiglio rimane passivo; non fa che esporre il suo parere, *ivi*. — Il tribunale può dichiarare non farsi luogo ad ulteriore procedimento, *ivi*. — O può ordinare ulteriori verificazioni, *ivi*. — Notifica del decreto e citazione, *ivi*. — Necessità dell'interrogatorio, *ivi*. — *Quid* se il convenuto non comparisce o non vuol rispondere? art. 839, p. 891. — Esame di testimonii. Se la prova testimoniale sia necessaria, art. 840, p. 891. — Se la materia debba essere articolata, *ivi*. — Presenza del convenuto o del suo rappresentante, *ivi*. — Avanti quale autorità ha luogo l'interrogatorio, *ivi*. — Delle spese, art. 840, p. 892. — Della opposizione se la sentenza è proferita in contumacia, art. 841, p. 892. — Dell'appello dalla sentenza d'interdizione. Forma, art. 841, p. 893. — Se abbia effetto sospensivo o devolutivo, *ivi*. — Di quelli che possono interporre appello, art. 841, p. 895. — L'interdetto si difende in appello senza l'assistenza del curatore, se sia nominato, art. 841, p. 896. — Revoca della interdizione o inabilitazione. Anche l'interdetto può domandarla, cessata la causa, art. 842, p. 896. — Procedimento e forma del giudizio di revoca, *ivi*. — L'interrogatorio non è più necessario, art. 842, p. 897. — L'interdetto o inabilitato non ha d'uopo di essere assistito dal curatore, *ivi*. — Del tribunale competente per la revoca della interdizione o inabilitazione, *ivi*. — Dell'appello, art. 842, p. 898. — Natura e carattere di questo procedimento, art. 843, p. 899. — Promulgazione della sentenza d'interdizione o inabilitazione per cura del pubblico Ministero, quando però sia passata in giudicato, art. 844, p. 900.

Interrogatorii. Forma degli interrogatorii, art. 216, p. 224. — Delle persone alle quali possono deferirsi, *ivi.* — Della materia degli articoli, art. 216, p. 226. — L'interrogatorio può decretarsi per ordinanza presidenziale o per sentenza, art. 217, p. 226. — Risposta agli interrogatorii, art. 218, p. 227. — Sull'ammissibilità degli interrogatorii, *ivi.* — L'interrogatorio tende ad ottenere una confessione giudiziale, *ivi.* — Se possano scindersi le risposte, *ivi.* — Risposte contraddette o ambigue, o inverosimili, o aggiunte, art. 218, p. 219. — Accettazione, rivocazione della confessione che può risultare dall'interrogatorio, *ivi.* — Prova per interrogatorii avanti il pretore, art. 424, p. 424. — Avanti il conciliatore, articolo 451, p. 446. = *V.* **Confessione giudiziale.**

Interruzione del procedimento. Riassunzione d'istanza e costituzione di nuovi procuratori, art. 332-333-334, p. 357. — Per quali cause s'interrompe il procedimento, *ivi.* — Di varii quesiti, art. 334, p. 358. — Interruzione e stato contumaciale, articolo 337, pag. 359. = *V.* **Perenzione.**

Intervento. Della chiamata in garantia, art. 194, p. 205. — Sospeso dalla declinatoria del fôro, art. 195, p. 205. — Priorità della questione di competenza, *ivi.* — Chiamata in garantia di un individuo non commerciante avanti il tribunale di commercio, art. 195, p. 206. — Se la domanda possa portarsi in appello, art. 195, p. 207. — Quando la istanza in garantia sospenda il corso della causa principale, art. 197, p. 209. — Della garantia formale e semplice, art. 198, p. 209. — Forma con cui si propongono e decidono le domande in garantia, art. 199, p. 210. — Azioni reali. Sentenza proferita contro il garante. Esecutiva contro il garantito, art. 200, p. 211. — Sulle spese, art. 200, p. 212. — *Intervento in causa, volontario*, art. 201, p. 213. — Come si propone, art. 202, p. 214. — Quando si dice comune la controversia, art. 203, p. 215. — Forma del giudizio, art. 204, p. 216. — Varii quesiti, art. 204, p. 217. — Intervento ordinato d'ufficio, art. 205, p. 218. — Intervento coatto o volontario nelle cause pretoriali, art. 423, p. 423. — Avanti i conciliatori, art. 449, p. 445. — Dell'intervento in causa d'appello, art. 491, p. 486. — Intervento dei creditori nei giudizi dell'erede beneficiato, art. 880, p. 947.

Inventario. Del patrimonio dell'assente, art. 796, p. 844. — Dei casi nei quali deve farsi l'inventario, art. 866, p. 923. — Chi può domandare la formazione dell'inventario, *ivi.* — Della prelazione fra i competitori dell'inventario, art. 866, p. 924. — Degli ufficiali competenti alla formazione dell'inventario, *ivi.* — Formazione dell'inventario, art. 868, p. 925. — Se i creditori possano assistervi, e quali, art. 868, p. 926. — Della presenza del tutore o protutore all'inventario, *ivi.* — Il minore, comunque emancipato, non può assistervi senza l'assistenza del curatore, *ivi.* — Citazione che deve precedere l'inventario, art. 869, p. 927. — Se la inosservanza del prescritto nell'articolo 869 produca la nullità dell'inventario, *ivi.* — Della rappresentanza notarile nell'inventario, art. 869, p. 929. — Osservazioni alle quali porge occasione l'articolo 872. Materia dell'inventario, art. 872, p. 931. — Effetti che hanno un valore relativo, *ivi.* — Indicazione dei titoli attivi e passivi, *ivi.* — Documenti dei quali è contestata la proprietà, art. 872, p. 932. — Esposizione di alcune dottrine relative alle formalità dell'inventario, art. 872, p. 933. — Carattere dell'inventario; sua efficienza giuridica anche in faccia ai terzi, *ivi.* — Irregolarità; incompletezza dell'inventario; conseguenze giuridiche, *ivi.* — Della frode, art. 872, p. 934. — Inventario che all'usufruttuario incombe. Cauzione correlativa, *ivi.* — Dell'inventario in forma privata, e suoi effetti, articolo 872, p. 935. — Della dichiarazione d'onore surrogata all'antico giuramento, *ivi.* — Delle cause di nullità dell'inventario, art. 872, p. 936. — Benefizio dell'inventario, art. 875, p. 938.

Iscrizione in ruolo. Quando ha luogo nei procedimenti formali, art. 173, p. 184. — Come la iscrizione si risolve, art. 174, p. 185. — Spese nel primo caso, *ivi.* — Effetto della permanenza dell'iscrizione in ruolo, art. 175, p. 185. — Iscrizione in ruolo delle cause contumaciali, art. 383, p. 396. — Ruolo di spedizione nei procedimenti sommarii, art. 390, p. 402. — Deve notificarsi, art. 392, p. 404.

Digitized by Google

M

Mandato. Forma dei mandati giudiziali, art. 48, p. 67, art. 158, p. 170. — Facoltà ordinar del mandato *ad lites*, art. 158, p. 171. = *V.* Giunta VII, p. 1049.

Matrimonio. Opposizioni al matrimonio. Procedimento sommario, art. 792, p. 844. — Della opposizione, art. 792, p. 844-845. — Procedimento, *ivi*. — Dell'azione di nullità del matrimonio e della cosa giudicata, art. 792, p. 846. = *V.* **Donna maritata**. = *V.* Giunta XVIII, p. 1077.

Ministero pubblico. Organo di trasmissione della citazione; in quali casi, art. 142, p. 152, art. 143, p. 153. — Negli stessi casi assiste alla contumacia del convenuto, art. 144, p. 154. — Cause nelle quali conclude il pubblico Ministero, art. 356, p. 368. — Considerazioni intorno all'ufficio del pubblico Ministero; e ai casi di nullità che derivano dalla sua esclusione, art. 517, p. 515, ecc. — Responsabilità del pubblico Ministero, e dell'Azione civile, art. 783, p. 821-825, art. 784, p. 826, art. 786, p. 828.

Motivazione. Motivazione anche delle sentenze preparatorie, art. 360, p. 378. — Caratteri razionali della motivazione, art. 360, p. 378-379. — Attinenze fra le conclusioni e la motivazione, *ivi*. — Motivazione per relazione, *ivi*. — Difetto di motivazione. Capi distinti, articolo 361, p. 380.

N

Notificazione. Della citazione. Regole che vi sono prescritte, art. 139, p. 147. — Ricerca della persona che l'usciere deve fare, art. 139, p. 148. — Sede dell'amministrazione di società commerciale, *ivi*. — Pluralità di domicilio, *ivi*. — Famigliari, vicini, portinaio, articolo 139, p. 149. — Condannato, art. 139, p. 150. — Notificazione della citazione al domicilio eletto, art. 140, p. 150. — A chi non ha residenza, domicilio o dimora nel regno, art. 142, p. 150. — Ai militari in attività di servizio, art. 143, p. 153. — Notificazione della Ordinanza di ammissione di giuramento, art. 224, p. 235. — Notificazione delle sentenze in generale, art. 367, p. 384. — Notificazione della sentenza contumaciale. Elezione di domicilio, art. 408, p. 415, art. 476, p. 469. — Pubblicazione in luogo di notifica delle sentenze pretoriali, art. 437, p. 432. — Della notificazione del ricorso in cassazione, articolo 525, p. 528, ecc. — Notificazione del precetto, art. 562, p. 559. — Degli atti in corso di esecuzione, art. 564, p. 561. — Della sentenza di vendita forzosa d'immobili, articolo 666, p. 684. — Notificazione del bando, art. 668, p. 687, art. 669, p. 689. — Della sentenza di graduazione, art. 725, p. 754.

Nullità. Quando può pronunciarsi, art. 56, p. 71. — Nullità e decadenza, art. 56, p. 72. — Da chi non può opporsi la nullità di forma, art. 57, p. 72. — Se possano pronunciarsi nullità d'ufficio, art. 57, p. 73. — Conseguenza processuale della nullità, art. 58, p. 74. — Nullità della citazione, art. 115, p. 145, art. 153, p. 164. — Eccezioni di nullità, art. 190, p. 201. — Quando devono proporsi le nullità degli atti di procedura, art. 191, p. 204. — Nullità d'esame o delle singole deposizioni, art. 249-250, p. 260. — Osservazioni generali sulle nullità, e speciali a quelle che si verificano nel processo d'esecuzione immobiliare, art. 707, p. 732. — Nullità dell'arresto personale e sue conseguenze, art. 768-769, p. 805-806. — Se tutte le prescrizioni stabilite per le vendite degli immobili dei minori siano da osservarsi a pena di nullità, art. 835, p. 885. = *V.* **Eccezioni**.

O

Offerta di pagamento e deposito. Offerta reale. Generalità, art. 902, p. 970. — Della offerta reale fatta all'udienza, *ivi.* — Della offerta verbale o labiale, art. 902, p. 971. — Processo verbale. Luogo della offerta, art. 903, p. 972. — *Quid* se nel luogo convenuto il creditore non ha eletto domicilio? art. 903, p. 973. — O non abbia domicilio nello Stato, *ivi.* — Sulla indicazione e designazione degli oggetti che si offrono, art. 903, p. 974. — Condizioni, art. 903, p. 975. — Spese, *ivi.* — Ricusa dell'offerta. Notificazione, art. 904, p. 975. — *Deposito.* Interessi moratorii o convenzionali, art. 906, p. 976. — Del giudizio sulla validità o nullità della offerta e del deposito, art. 908, p. 977. — Delle nullità intrinseche o estrinseche, art. 908, p. 978. — Della competenza, art. 908, p. 979. — Se il deposito debba essere autorizzato dal giudice, art. 909, p. 980. — Effetti del deposito, *ivi.* — Sul ritiro del deposito, art. 910, p. 981. — Facoltà di provvedere data al pretore del mandamento, art. 912, p. 981.

Opposizione. ≐ *V.* **Contumacia.**

Opposizione dei creditori. Sul prezzo della vendita dei beni mobili, art. 646, p. 645. — Del diritto della opposizione, *ivi.* — Della forma e materia della opposizione, *ivi.* — Esito delle opposizioni, annullato il procedimento, art. 646, p. 646. — Opposizione all'oggetto della separazione dei mobili pignorati, art. 647, p. 647. — Diritto di pegno, art. 647, p. 648. — Modo di procedere, *ivi.* — Competenza, *ivi.* — Diritti del proprietario o comproprietario in quanto siano esercibili sulle cose o sul prezzo, art. 648, p. 649. — Quando cessa il diritto di opposizione, art. 649, p. 651. — Opposizioni non proposte in termine utile: quali? art. 655, p. 659. — Opposizione dei creditori nel giudizio di divisione ereditaria, art. 882, p. 950.

Opposizione di terzo. Non si ammette in giudizio d'arbitri, art. 29, p. 55. — Solo chi ha diritto a tale opposizione può intervenire in appello, art. 491, p. 486. — Due forme della *opposizione di terzo*, art. 510, p. 502. — Contro quali sentenze si ammette la opposizione, *ivi.* — Requisiti della opposizione di terzo, art. 510, p. 504. — Effetti in materia di rivendicazione, *ivi.* — Avanti chi si propone l'opposizione di terzo, art. 511, p. 505. — Termine entro il quale deve proporsi, art. 512, p. 507. — Adesione alla opposizione, art. 513, p. 508. — Differenza dalla opposizione di terzo alla revocazione, art. 513, p. 509. — Il rimedio della opposizione non è sospensivo, art. 514, p. 509. — Effetto della opposizione di terzo rispetto alle parti comprese nella sentenza, *ivi.* — Se la sentenza impugnata è presentata in altra causa, art. 515, p. 510.

Ordine pubblico. Nozioni, art. 544, p. 540.

P

Penalità. Dei cancellieri, art. 55, p. 70, art. 313, p. 337. — Dell'uffiziale o procuratore in ritardo, art. 61, p. 74. — Come e per quale autorità si applicano le penalità comminate, art. 62, p. 76. — Questioni relative alla loro applicabilità, *ivi.* — Soppressione di scritture oltraggiose, art. 63, p. 76. — Multa a carico di chi impugnò vanamente la propria scrittura, art. 295, p. 315. — A carico del querelante che ha perduto, art. 314, p. 338.

Perenzione. Caratteri della perenzione d'istanza, art. 338, p. 360. — Del termine e del corso del termine, art. 338, p. 361. — Atti interruttivi della perenzione, *ivi.* — Contro chi ha luogo la perenzione, art. 339, p. 362. — La perenzione opera di diritto, art. 340, p. 362.

— Non estingue l'azione, art. 341, p. 363. — Dei giudicati che fanno ostacolo alla perenzione, art. 341, p. 364. — Conservazione delle prove, art. 341, p. 365. — La perenzione non è invocabile in giudizio di cassazione, *ivi*. = *V.* Giunta XI, p. 1064; XII, p. 1065.

Perizie. Forma della ordinanza o sentenza che ammette la perizia, art. 252, p. 266. — Se un giudice delegato possa ordinare una perizia, *ivi*. — Numero dei periti. Loro nomina, art. 253, p. 267. — Ricusazione dei periti, art. 254-255, p. 269. — Qualità e capacità dei periti, *ivi*. — Motivi di ricusazione, *ivi*. — Non sono ricusabili i periti consensuali, art. 255, p. 270. — Decorrenza del termine degli otto giorni, *ivi*. — Corredo dell'atto di ricusa. Notificazione, art. 256, p. 270. — Sentenza che ammette la ricusazione, art. 257, p. 271. — Rigetto. Condanna ai danni, art. 258, p. 271. — Se il perito possa intervenire nel giudizio di ricusazione, *ivi*. — Al perito non comparso si surroga altro perito, art. 260, p. 272. — Procedimento, art. 260, p. 273. — Proroga di termine, art. 263, p. 273. — Relazione, art. 264, p. 274, art. 265, p. 275. — Vizi e questioni di nullità, *ivi*. — Processo verbale, art. 265, p. 276. — Onorario dei periti, art. 267, p. 277. — Decadenza del perito e perdita degli onorarii, art. 268, p. 278. — Nuova perizia, *ivi*. — Casi in cui può ordinarsi una seconda e anche una terza perizia, art. 269, p. 279. — Efficienza giuridica dell'avviso dei periti, art. 270, p. 281. — Verificazione di scrittura per mezzo di periti, art. 285, p. 304. — Opera dei periti, art. 291-292-293, p. 313. — In giudizio di falso civile, art. 307, p. 333. — Ricusazione dei periti avanti il tribunale di commercio, art. 403, p. 410. — Prova peritale avanti il pretore, art. 428, p. 427. — Periti alla stima degli oggetti da aggiudicarsi, art. 644, p. 643. — Dell'immobile da subastarsi, 664, p. 682. — Perizia ordinata nella sentenza di vendita forzosa d'immobili, art. 666, p. 684. — Nomina di periti alla stima dei beni mobili dei minori che si vendono all'asta, art. 819, p. 872. — Alla stima degli oggetti mobili che vengono nell'inventario, art. 870, p 929.

Presidente di tribunale o di Corte. Ordinanza di abbreviazione di termine in atti d'istruzione formale, art. 172, p. 182. — Se contro tale ordinanza si fa luogo a reclamo, art. 172, p. 183. — Facoltà del presidente in istanze incidentali art. 181, p. 193. — La sua facoltà deliberativa è fondata nell'accordo delle parti, *ivi*. — Ordinanza del presidente che rimette le parti a udienza fissa, art. 184, p 195. — Il presidente nei giudizi formali delega un giudice all'esecuzione delle prove, art. 210, p. 220. — Tassa l'onorario dei periti, art. 267, p. 277. — Se appartenga al presidente o al Collegio respingere la querela di falso ove sia il caso, art. 301, p. 325. — Il presidente governa la udienza, art. 354, p. 371. — Col consenso delle parti ordina che il procedimento sommario prosegua in via formale, art. 391, p. 403. — Nomina il perito alla stima dell'immobile da subastarsi, art. 664, p. 682, — Può esonerare dal deposito del decimo nelle aste giudiziali, art. 672, p. 692. — Ordina l'apertura del giudizio di graduazione in tema di purgazione ipotecaria, art. 728, p. 763. — Decreto del presidente sulla istanza di persona arrestata, art. 755, p. 795. — Attribuzioni del presidente del tribunale ad autorizzare la donna maritata, art. 800, p. 849. — Ricorso al presidente per la separazione personale, art. 806, p. 857. — *V.* Giunta VIII, p. 1050.

Possesso. — *V.* **Azioni possessorie**.

Precetto. Notificazione, art. 562, p. 559. — Contenuto, art. 563, p. 561. — Quando non è necessario il precetto nell'esecuzione forzata, art. 565, p. 563. — Perenzione del precetto dopo 180 giorni, art. 566, p. 564. — Il precetto è un avvertimento e una minaccia nella esecuzione mobiliare: atto *reale* nella immobiliare; art. 569, art. 568. — Forma del precetto nella esecuzione dei beni mobili, art. 577, p. 577. — Opposizione al precetto, articoli 578-579, p. 578-580. — Del precetto *in esecuzione immobiliare*, art. 659, p. 668. — Notificazione del precetto, art. 659, p. 670. — Opposizione, art. 660, p. 675. — Oggetto della opposizione. Competenza, *ivi*. — Se il termine di trenta giorni sia perentorio, *ivi*. — Ulteriore precetto per parte di altro creditore, art. 664, p. 677. — Osservazioni generali, art. 664, p. 678. — Del precetto che antecede la esecuzione per consegna o rilascio dei

beni, art. 741, p. 781. — Opposizione del debitore, art. 742, p. 782. — Precetto con intimazione d'arresto personale, art. 751, p. 791. = *V.* **Esecuzione sui beni mobili** ed **Esecuzione sugli immobili.**

Pretore. Sua competenza, art. 71, p. 83. — Varii soggetti di dubbia competenza, art. 71, p. 84. — Caratteri della competenza pretoriale nelle azioni possessorie, art. 82, p. 92. — Competenza in fatto di rivendicazione e compensazione, art. 101, p. 108, art. 102, p. 109. — *Istruzione della causa avanti i pretori.* Citazione, art. 415, p. 417. — Comparsa spontanea delle parti, art. 415, p. 418. — Conciliazione tentata dal pretore, art. 417, p. 420. — Comunicazione delle scritture, art. 419, p. 420. — Comparsa personale, art. 419, p. 421, art. 446, p. 444. — Processi verbali d'udienza, art. 421, p, 422. — Chiamata in garantia e intervento volontario, art. 423, p. 423. — Istanze riconvenzionali, *ivi.* — Incidenti, articolo 423, p. 424. — Interrogatorii, art. 424, p. 424. — Giuramento, art. 425, p. 425. — Esami testimoniali, art. 427, p. 425. — Perizie, art. 428, p. 427. — Verificazione di scritture. Deposito, art. 430, p. 427. — Querela di falso, art. 431, p. 428. — Discussione di conti, art. 432, p. 429. — Sentenze e ordinanze dei pretori. Forma e contenuto, art. 436, p. 431, art. 437-438, p. 432. — Pubblicazione in luogo di notificazione, art. 437, p. 432. — Tassa delle spese, art. 439, p. 433. — Giudizio contumaciale avanti il pretore. Regole da tenersi, art. 440-441, p. 434, art. 442, p. 435. — Giudizio possessorio, *V.* **Azioni possessorie.** — Il pretore giudica della eccezione d'incompetenza proposta al conciliatore, articolo 457, p. 450. — Competenza pretoriale nei procedimenti esecutivi, art. 572, p. 574, art. 578, p. 578, art. 587, p. 588, art. 610, p. 608, art. 614, p. 620, art. 619, p. 623, art. 630, p. 631, art. 633, p. 632, art. 647, p. 648, art. 652, p. 653. — Attribuzioni e competenza del pretore nella vendita delle azioni industriali, art. 639, p. 639. — Decreto del pretore sopra istanza di persona arrestata, art. 755, p. 795. — Attribuzioni del pretore qual preside del Consiglio di famiglia, art. 782, p. 820. — Facoltà del pretore in materia di sigilli, art. 847, p. 904, art. 850, p. 911, art. 852, p. 912, art. 859, p. 916, art. 860, p. 917.

Procedimento formale o sommario. Formale art. 155, p. 167. — Criterii per l'adozione del procedimento sommario, art. 155, p. 168. — Quali sono le cause trattate nel procedimento sommario, art. 389, p. 401. — Base razionale, art. 389, p. 402. — Ruolo di spedizione, art. 390, p. 402. — Procedimento sommario che diventa ordinario o formale, art. 391, p. 403. — Costruzione del processo sommario, art. 392, p. 404. — Ordinamento delle prove, *ivi.* — Notificazione delle ordinanze, *ivi.* — Quando la causa sommaria è in istato di essere giudicata, *ivi.* — Contumacia nelle cause sommarie, art. 392, p. 404. — Procedimento formale nelle *cause di commercio*, art. 393, ecc., p. 405. — Le copie delle ordinanze o delle sentenze possono spedirsi anche dal procuratore, art. 397, p. 406. — Ministero dei causidici nelle cause di commercio, *ivi.* — Applicazione e riduzione di termini nelle suddette cause, art. 398, p. 407. — Comparsa personale delle parti, art. 401, p. 408. — Limite della facoltà di ordinarla, art. 401, p. 409. — Il tribunale di commercio in quali casi nomina arbitri conciliatori, art. 402, p. 410. — Ricusazione di arbitri e periti, articolo 403, p. 410. — Relazioni, art. 404, p. 410. — Presentazione dei libri di commercio, art. 405, p. 411. — Incidente di falso civile avanti i giudici di commercio, art. 406, p. 411. — Contumacia nelle cause formali avanti i giudici di commercio, art. 407-408-409, p. 414-415. — Avanti i tribunali di commercio, art. 411, ecc., p. 416. — Avanti i pretori, *V.* **Pretori.** — Modificazioni che incontrano codesti procedimenti normali nella indefinita combinazione dei giudizi, art. 736, p. 777. — *V.* Giunta VIII, p. 1051.

Processo verbale. Ad ogni prova da formarsi occorre il processo verbale, art. 211, p. 221. — Processo verbale di esami, art. 247, p. 257. — Di perizia, art. 265, p. 276. — Delle operazioni occorse nella visita giudiziale, art. 281, p. 292. — Processo verbale in materia di falso, art. 303-304, p. 328. — Processo verbale di pignoramento, art. 596, p. 597. — Processo verbale di ricognizione, art. 598, p. 597. — Di pignoramento di frutti pendenti,

art. 607, p. 608. — Processo verbale della vendita dei beni mobili, art. 641, p. 641. — Di esecuzione per consegna di beni mobili, art 743, p. 783. — D'immobili, art. 747, p. 786. — Processo verbale di arresto, art. 758, p. 797. — Delle deliberazioni del Consiglio di famiglia, art. 812, p. 868. — Processo verbale della vendita di beni mobili dei minori, art. 822, p. 874. — Processo verbale di vendita e rivendita degli immobili, art. 832-833, p. 883. — Di apposizione di sigilli, art. 885, p. 913. — Di rimozione, art. 864, p. 919-920. — Processo verbale delle operazioni del notaio delegato alla divisione, art. 889-890, p. 957, art. 893, p. 958. — Processo verbale della offerta reale, art. 903, p. 972. — E di deposito, art. 906, p. 976, art. 907-908, p. 977. — Processo verbale della collazione di documenti, art. 919, p. 988. — Processo verbale di accesso in giudizio di denunzia di nuova opera e di danno temuto, art. 939, p. 1011.

Procuratore. Quando nei giudizi è necessario il suo ministero, art. 156, p. 169. — Costituzione del procuratore nei giudizi formali, art. 158, p. 170. — Costituzione di più procuratori in solido, art. 158, p. 171. — Revoca del procuratore, art. 161, p. 173. — Diritto di revoca. Surrogazione, *ivi.* — Diritto di rinunzia al mandato, art. 161, p. 174. — Elezione tacita di domicilio nello studio del procuratore, art. 161, p. 175. — Non può rinunziare agli atti della lite senza speciale autorizzazione, art. 344, p. 366. — Prelievo delle spese a favore del procuratore, art. 373, p. 387. — Opposizioni che possono sollevarsi, art. 374, p. 388, art. 379, p. 392. — Ministero dei procuratori nelle *cause di commercio*, art. 397, p. 407. — Quando la rappresentanza rimanga ferma in grado di rinvio, art. 472, p. 465. = *V.* Giunta VII, p. 1049.

Prove in genere. Esecuzione delle prove. Facoltà delle parti d'intervenire, art. 207, p. 219. — Surrogazione del giudice delegato. Diritto di reclamo, art. 210, p. 220. — Processo verbale delle prove, art. 211, p. 221. — Dei luoghi in cui possono assumersi secondo le circostanze le prove orali, art. 215, p. 223. — *Principio di prova scritta* che può desumersi da risposta ad un interrogatorio, art. 218, p. 229. — Sulla prova testimoniale, *V.* Giunta IX, p. 1061.

Purgazione delle ipoteche. Diritto dell'acquirente. Quale acquirente? art. 727, p. 760. — Trascrizione, art. 727, p. 761. — Del titolo e della sua validità ed efficacia, *ivi.* — Purgazione parziale, art. 727, p. 762. — Iscrizione della ipoteca legale, *ivi.* — In qual tempo si può esercitare quest'azione, *ivi.* — Apertura del giudizio di graduazione, art. 728, p. 763. — Termine per le inserzioni o notificazioni, art. 729, p. 764. — Modi delle notificazioni, *ivi.* — Delle enunciative imposte al terzo possessore, *ivi.* — Valutazione dei pesi accollati al compratore, art. 729, p. 765. — Nullità delle notificazioni, art. 729, p. 766. — Offerta degli interessi del prezzo, *ivi.* — Minori, *ivi.* — Della richiesta d'incanto fatta dal creditore o fideiussore, art. 730, p. 767. — Dei diritti del fideiussore, *ivi.* — Cauzione da prestarsi dal creditore o fideiussore che chiede l'incanto, art. 731, p. 768. — In presenza della offerta di rincaro la proprietà permane nel terzo possessore, art. 731, p. 770. — Bando, art. 733, p. 772. — Se possano farsi vendite parziali o a lotti, *ivi.* — Aumento del decimo, art. 733, p. 773. — Come si annulla la richiesta d'incanto, art. 734, p. 773. — Surrogazione di altro creditore iscritto al richiedente, art. 735, p. 774. — Se il fideiussore possa completare la cauzione insufficiente, *ivi.* — Osservazioni generali sul diritto di surrogazione a continuare la procedura, *ivi.* — La procedura si prosegue in conto del surrogato, art. 735, p. 775. — Desistenza del creditore che ha aperto l'incanto: non impedisce la subastazione, art. 736, p. 775. — Liberazione del rincarante in presenza di una offerta maggiore, *ivi.* — Del pericolo della cosa dopo l'offerta del decimo, *ivi.* — Citazione. Procedimento. Eccezionalità, art. 736, p. 777. — Eccezioni di nullità quando e come si propongano, art. 737, p. 777. — Appello, art. 738, p. 778. — Titoli graduabili. Apertura del giudizio di graduazione, art. 739, p. 779. — Liberazione del fondo dalle ipoteche, *ivi.* — Liquidazione del prezzo. Diritto dei chirografarii, art. 739, 780. — Altri quesiti, *ivi.* = *V.* **Terzo possessore.**

Digitized by Google

R

Rendimento di conti. Azione. Competenza, art. 97, p. 104. — Contenuto del conto, art. 320, p. 344. — Rendiconto in giudizio principale. Competenza e procedura, art. 323, p. 345. — Quando l'esatto occede lo speso. Ordinanza del giudice delegato, *ivi.* — Se il reliquato è dovuto a più persone, art. 323, p. 346. — Ufficio del giudice delegato, *ivi.* — Indennità per le spese di compilazione del conto, art. 325, p. 347. — Giuramento estimatorio, articolo 326, p. 347-348. — Dell'arresto personale. Decadenza, art. 326, p. 348. — Revisione del conto, art. 327, p. 349. — Cause. Errori. Omissioni. Falsità, *ivi.* — La revisione è un giudizio nuovo, art. 327, p. 350. — Competenza. Difficoltà che si aggruppano intorno a questa ricerca, art. 327, p. 351.

Revocazione. Giudizio di revocazione dalle sentenze degli arbitri, art 30, p. 55. — *Giudizio di revocazione.* Generalità, art. 494, p. 488. — Del soggetto della revocazione, art. 494, p. 489. — Considerazioni sul sistema, art. 494, p. 490. — Documenti riconosciuti o dichiarat. falsi, art. 494, p. 491. — Ricupero di un documento decisivo, *ivi.* — Errore di fatto, *ivi.* — Sentenze contraddittorie, art. 494, p. 493. — Revocazione delle sentenze contumaciali, art. 495, p. 493. — Termine a proporre la revocazione, art. 497, p. 494. — Il magistrato competente è quello che ha pronunziata la sentenza, art. 498, p. 495. — Varie questioni di competenza, art. 498, p. 496. — Come s'introduce questo giudizio? Da chi? e contro chi? art. 502, p. 497. — Attinenze col giudizio d'appello, *ivi.* — Produzione della sentenza impugnata, art. 504, p. 498. — Sentenza di revocazione. Contenuto, art. 506-507-508, p. 499. — Revocazione contro sentenza di revocazione non è ammessa, art. 509, p. 500. — La sentenza di revoca è soggetta a cassazione, *ivi.* — Dell'appello, art. 509, p. 501. Dolo, art. 517, p. 514. — Simultaneità del giudizio di revoca e di cassazione, art. 518, p. 524.

Rettificazione degli atti dello stato civile. La rettificazione è una mutazione che si vuol introdurre nel materiale storico dei registri e degli atti dello stato civile, art. 846, p. 901. — Competenza del tribunale civile da cui dipende l'uffizio dello stato civile in cui si trova l'atto, *ivi.* — Il tribunale provvede in Camera di consiglio, *ivi.* — Importanza che può assumere una rettificazione di stato civile, *ivi.* — Possono sorgere questioni da non doversi decidere in Camera di consiglio, art. 846, p. 902. — Appello o reclamo, art. 846, p. 903.

Riconvenzione. Quanto alla competenza, art. 100, p. 107. — Caratteri della riconvenzione, *ivi.* — Competenza relativa dei conciliatori e pretori, art. 101, p. 108. — In materia commerciale, *ivi.* — Riconvenzione e compensazione, art. 102, p. 110. — Il giudizio riconvenzionale si reputa nuovo quanto alla notifica della citazione, art. 381, p. 395. — Istanza riconvenzionale avanti il pretore, art. 423, p. 423.

Ricorso in cassazione. Termine a interporre il ricorso, art. 518, p. 523. — Utilità del ricorso. Terzi. Cause individue. Interesse, *ivi.* — Simultaneità del giudizio di revoca e di cassazione, art. 518, p. 524. — Ricorso d'ufficio, art. 519, p. 524. — Deposito, art. 521, p. 525. — Direzione e soscrizione del ricorso, art. 522, p. 526. — Corredo del ricorso, art. 522, p. 527. — Notificazione. A chi e in qual forma? art. 525, p. 528. — Inammissibilità del ricorso, art. 528, p. 531. — Associazione al ricorso, art. 529, p. 531. — Controricorso, art. 531, p. 532. — Rinunzia al ricorso, art. 550, p. 547. — *V.* **Cassazione.**

Ricusazione. Degli arbitri, art. 31, p. 59. — Ricusazione del giudice in genere, art. 116, p. 121. — Interesse, art. 116, p. 122. — Parentela, *ivi.* — Questione identica, *ivi.* — Credito o debito, art. 116, p. 123. — Pendenza criminale o civile, art. 116, p. 124. — Tutela, ecc., art. 116, p. 125. — Consiglio, art. 116, p. 126. — Inimicizia, *ivi.* — Motivi della ricusazione, art. 118, p. 127. — Ricusazione degli ufficiali del pubblico Ministero, art. 119,

p. 128. — A quale autorità spetta la cognizione dei motivi, art. 120, p. 129. — Del pretore qual preside del Consiglio di famiglia, *ivi*. — Procedimento, art. 121, p. 129. — Se la ricusa possa proporsi in appello, art. 121, p. 130. — Ricusazione di un giudice delegato, art. 122, p. 131. — Atto originale della ricusa, e sua notificazione, art. 124, p. 132. — Risposta. Relazione in Camera di consiglio, art. 125, p. 133. — Quando si rimette la causa ad altro tribunale, art. 126, p. 133. — Rigetto e multa, art. 127, p. 134. — Appellazione dalle sentenze sulla ricusa, art. 129, p. 134. — Ricusazione di testimonii, articolo 236, p. 245-246. — Di periti, art. 254-255, p. 269-270, art. 256, p. 270-271, articoli 257-258, p. 271. — Ricusazione di periti e testimonii in caso di accesso, art. 270, p. 291. — Di arbitri conciliatori e di periti avanti il tribunale di commercio, art. 403, p. 410. — Del conciliatore, art. 455, p. 449.

Rinunzia agli atti del giudizio. Come il procuratore dev'essere autorizzato, art. 344, p. 366. — Nullità della rinunzia per varii motivi, *ivi*. — Altre nozioni, art. 344, p. 367. — Effetto della rinunzia, art. 345, p. 367. — Rinunzia al ricorso in cassazione, art. 550, p. 547.

Rinvio. Dell'udienza nelle cause ordinarie, art. 353, p. 371. — *Giudizio di rinvio* ordinato dalla Corte suprema. Generalità, art. 546, p. 542. — Portata e limiti del giudizio di rinvio, *ivi*. = *V.* Giunta XXV, p. 1095.

Rivendita. Obblighi del deliberatario, art. 689, p. 711. — Pericolo di evizione, *ivi*. — Altre questioni relative, *ivi*. — Bando e sua notifica, art. 690, p. 713. — Spese fatte per la vendita, da chi e come rimborsabili, art. 693, p. 713. — L'eccedenza del prezzo profitta al primo deliberatario, art. 693, p. 714. — Altri quesiti, art. 693, p. 715. — Il nuovo incanto è soggetto a tutte le formalità del primo, art. 694, p. 716. — Ma avrà luogo la rivendita dopo tre anni di silenzio, e forse di acquiescenza, dal deliberamento? *ivi*. — Varie ricerche e illustrazioni, art. 694, p. 717.

Ruolo. = *V.* **Iscrizione in ruolo.**

S

Scritture. Oltraggiose, sono soppresse, art. 63, p. 78. — Numero delle scritture o comparse difensive, art. 165, p. 177.

Sentenze ed ordinanze. Formo della sentenza degli arbitri, art. 21, p. 50. — Dei giudici che devono concorrere alla deliberazione della sentenza, art. 357, p. 372. — Deliberazione segreta, art. 358, p. 373. — Maggioranza dei voti, art. 359, p. 373. — Caratteri generali delle sentenze, art. 360, p. 374. — Delle varie categorie e classificazioni delle sentenze, art. 360, p. 375. — Delle ordinanze e sentenze interlocutorie e loro appellabilità, art. 360, p. 376. — Di quali conclusioni si parla nell'articolo? art. 360, p. 377. — Enunciato della udizione del pubblico Ministero, art. 360, p. 378. — Legge della motivazione, *ivi*. — Avvertenza sull'art. 361, p. 380. — Forme delle Ordinanze, art. 362, p. 381. — Della esecuzione provvisoria della sentenza: quando possa ordinarsi, art. 363, p. 381. — Notificazione delle sentenze, *V.* **Notificazione.** — Sentenze e ordinanze pretoriali, art. 436, p. 431, art. 437-438, p. 432. — Del giudice conciliatore, art. 460, p. 453. — Sentenze contumaciali, art. 475, p. 467. — Dei capi distinti di sentenza, art. 486, p. 477. — Contenuto della sentenza di revocazione, art. 506, p. 499. — Forme delle sentenze di cassazione, art. 540, p. 534. — Sentenze di vendita forzosa d'immobili. Contenuto, art. 666, p. 683. — Perizia, *ivi*. — Sentenza di vendita (aggiudicazione). Contenuto, art. 685, p. 703. — Forma della sentenza di graduatoria, art. 716, p. 743. — Sentenza sopra istanza di autorizzazione della donna maritata, art. 801, p. 852. — art. 802, p. 853. — Sulle sentenze interlocutorie e loro efficacia, *V.* Giunta XIV, p. 1066.

Sentenze estere. = *V.* **Esecuzione degli atti di autorità straniere.**

Sentenze quanto ai mezzi d'impugnazione. Mezzi ordinarii e straordinarii, art. 465, p. 455. — Accettazione o acquiescenza, *ivi.* — Termini perentorii, art. 466, p. 458. — Se la prosecuzione pacifica del giudizio salvi dalla decadenza, *ivi.* — Decorrenza dei termini, articolo 467, p. 459. — Sospensione del termine, art. 468, p. 460. — Della integrazione del termine, art. 469, p. 461. — Chi possa giovarsi delle riforme o annullamento delle sentenze, art. 470-471, p. 463. — Solidarietà. Indivisibilità, art. 471, p. 464. — Motivi personali, art. 471, p. 465. — Errore materiale nelle sentenze, art. 473, p. 465.

Separazione dei beni rapporto ai coniugi. Dissertazione su questo soggetto, art. 806, p. 857. — Se la separazione personale produca quella dei beni, art. 810, p. 863.

Separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede. Nozioni generali, art. 901, p. 967. — Modi di effettuare la separazione, *ivi.* — Identificazione dei mobili, *ivi.* — Provvedimenti per loro conservazione, art. 901, p. 968. — Cenno sugli immobili, art. 901, p. 969.

Separazione personale dei coniugi. Ricorso al presidente del tribunale, art. 806, p. 857. — Sulla separazione dei beni, *ivi.* — All'effetto della separazione personale non può richiedersi l'autorizzazione maritale, art. 806, p. 859. — Della moglie in età minore, *ivi.* — Comparsa personale delle parti, art. 807, p. 859. — Atto di riconciliazione, art. 808, p. 860-861. — Luogo di abitazione della moglie durante il giudizio, art. 808, p. 861. — Notificazione del decreto di rinvio al Collegio, art. 809, p. 862. — Il tribunale giudica anche la questione degli alimenti, art. 810, p. 862. — Forma del procedimento, *ivi.* — Se la separazione personale produca quella dei beni, art. 810, p. 863. — Dell'appello, art. 810, p. 864. = *V.* Giunta XIX, p. 1078.

Sequestro in genere. Come se ne determina il valore per l'oggetto della competenza, art. 75, p. 87. = *V.* **Esecuzione sui beni mobili e Sequestro giudiziario e conservativo.**

Sequestro giudiziario e conservativo. Del sequestro giudiziario ordinato dal giudice del possessorio, art. 445, p. 442. — Del sequestro giudiziario. Generalità teoriche, art. 921, p. 989. — Differenze fra questo e il sequestro esecutivo conservativo e deposito giudiziario, articolo 921, p. 990-991. — Sequestro giudiziario di cosa mobile, art. 921, p. 991. — Degli immobili, art. 921, p. 992. — Requisiti del sequestro giudiziario, *ivi.* — Competenza ad ordinare il sequestro giudiziale come domanda incidente, art. 922, p. 992. — Se possa formar oggetto di giudizio principale, *ivi.* — Consegna della cosa mobile al sequestratario, art. 923, p. 995. — Caratteri del sequestro conservativo, art. 924, p. 996. — Del credito; se e come debba giustificarsi, *ivi.* — Delle singole cause del sequestro conservativo, articolo 924, p. 997. — Del sequestro conservativo a favore dei proprietarii e locatori, art. 924, p. 998. — Formalità per ottenere il sequestro, 925, p. 999. — Facoltà del pretore per accordarlo, art. 927, p. 999. — Se vi sia lite pendente, art. 927, p. 1000. — Cauzione da prestarsi, art. 928-929, p. 1000. — Relazione fra il pignoramento e il sequestro conservativo, quanto al modo di procedere, art. 930, p. 1001. — Della ordinanza del giudice, e suo contenuto, *ivi.* — Sulla notificazione dell'atto di sequestro, art. 931, p. 1002. — Considerazioni sulla competenza, trattandosi di pronunciare la validità del sequestro o la condanna del debitore, art. 931, p. 1003. — Sequestro presso un terzo. Notifica. Errore di redazione, art. 932-933, p. 1004. — Giudizi distinti per la conferma del sequestro e per la dichiarazione del terzo sequestratario, art. 937, p. 1005. — Sul regolamento di procedura, art. 937, p. 1006. — Sul diritto d'appello, *ivi.* = *V.* Giunta XXVI, p. 1098.

Sigilli. Il pretore appone i sigilli, art. 847, p. 904. — Estensione di questa disposizione, *ivi.* — Atti conservatorii mediante il sigillamento, art. 848, p. 905. — Degli aventi diritto a chiedere l'apposizione dei sigilli. Successione. Prova dell'interesse, art. 848, p. 906. — Rapporti dell'azione di sigillazione col possesso ereditario, art. 848, p. 907. — Diritto dei creditori, *ivi.* — L'erede per testamento olografo si reputa possessore giuridico per respingere l'apposizione dei sigilli? art. 848, p. 909. — Sigillazione d'ufficio. Casi nei quali ha luogo, art. 849, p. 910. — Dell'assenza contemplata in questo articolo, *ivi.* — Se il de-

Digitized by Google

funto fu depositario pubblico, *ivi.* — Ostacoli all'apposizione dei sigilli rimossi dall'autorità del pretore, art. 850, p. 911. — Conservazione di carte e documenti, art. 852, p. 912. — Apposizione dei sigilli durante o dopo l'inventario, art. 851, p. 912. — Processo verbale dell'apposizione dei sigilli, art. 855, p. 913. — Nei luoghi guardati da sigilli è vietato l'ingresso anche all'autorità, art. 856, p. 914. — Rimozione dei sigilli, art. 857, p. 914. — Si riassumono le cause per cui ha luogo l'apposizione dei sigilli, art. 858, p. 914. — Di quelli che possono domandare la rimozione, art. 858, p. 915. — Del diritto di preferenza nella rimozione, art. 858, p. 916. — Opposizione alla rimozione dei sigilli, art. 860, p. 917. — Forma della opposizione, *ivi.* — Esame della competenza, *ivi.* — Se i creditori *personali* dell'erede possano opporsi alla levata dei sigilli, art. 860, p. 918. — Formalità che precedono la levata dei sigilli, art. 861-862-863, p. 919. — Quali persone devono citarsi, *ivi.* — Della forma della citazione, art. 863, p. 920. — Levata dei sigilli. Processo verbale, articolo 864, p. 920. — Esame delle relazioni che queste forme tengono cogli altri casi non regolati dalla procedura, art. 565, p. 921.

Società. Società civili e commerciali in quanto alle persone da citarsi, art. 137, p. 145. — Sede dell'amministrazione di società commerciale quanto alla citazione, art. 139, p. 148.

Spese. Parte soccombente, art. 370, p. 385. — Compensazione delle spese, *ivi.* — Se più siano le parti soccombenti, art. 371, p. 386. — Quando gli eredi beneficiati, tutori, ecc., sopportano le spese in proprio, art. 372, p. 387. — Delle spese da rimborsarsi al procuratore, art. 373, p. 387. — Opposizioni che possono sollevarsi, art. 374, p. 388, art. 379, p. 392. — Della tassazione delle spese, art. 376, p. 390, art. 377-378, p. 392. — Spese del giudizio contumaciale, art. 388, p. 401. — Tassa delle spese avanti il pretore, art. 439, p. 433. — Spese del giudizio di vendita forzosa d'immobili, art. 684, p. 702. — Come rimborsabili in caso di seconda vendita forzosa, art. 693, p. 714.

Spropriazione. = *V.* **Esecuzione su beni immobili.**

Stranieri. In quali casi gli stranieri sono convenuti avanti i magistrati nazionali, non trovandosi nel territorio dello Stato, art. 105, p. 111, art. 106, p. 112. — Reciprocità, articolo 106, p. 111. — Quando si adisce il giudice del fôro dell'attore, art. 107, p. 113. — Dell'obbligazione che lo straniero ha contratta all'estero, *ivi.* — Questioni relative, art. 107, p. 114. — Straniero-assente. Differenza, art. 150 p. 162.

T

Termine in generale. Come si computano i termini, art. 43, p. 65. — Contro chi decorrono, art. 49, p. 66. — Prorogabilità, art. 47, p. 67. — Abbreviazione dei termini, art. 172, p. 182. — Termini per impugnare le sentenze, art. 466, p. 458, art. 467, p. 459, articolo 468, p. 460. — Integrazione del termine, art. 469, p. 461.

Termine a comparire. Base razionale del termine, art. 147, ecc., p. 160. — Calcolo del termine, *ivi.* — Varie questioni e soluzioni, art. 147, ecc., p. 161. — Distribuzione dei termini, art. 151, p. 163. — Termine nella citazione per proclami, art. 152, p. 163. — Abbreviazione del termine, art. 154, p. 164. — Autorità giudiziaria che ha questa facoltà, *ivi.* — Se la facoltà sia assoluta, *ivi.* — Destinazione del giorno della udienza o abbreviazione, cose distinte, art. 154, p. 165. — Di varie questioni, *ivi.*

Terzo. In quali e quanti modi s'intenda questo predicato, art. 283, p. 301, art. 512, p. 506, art. 611, p. 610. — Annullamento delle sentenze per via di cassazione, ed effetti relativamente ai terzi, art. 543 p. 538. — *V.* **Terzo possessore.**

Terzo possessore. Espropriazione del terzo possessore, fondamento di quest'azione, art. 706, p. 728. — Procedimento, *ivi.* — Facoltà specialmente concesse al terzo possessore, art. 706, p. 729. — La trascrizione non opera la immobilizzazione dei frutti, art. 706, p. 731. —

Facoltà di continuare la esecuzione, art. 706, p. 732. = *V.* **Purgazione dalle ipoteche.**

Testamento olografo. Ricognizione o verificazione, art. 282, p. 296. — Il testamento olografo come titolo al possesso ereditario, art. 848, p. 909.

Testimonii in causa formale. Esame. Fatti e articoli, art. 229, pag. 239. — Come e sino a qual punto possono dedursi gli articoli, *ivi.* — Se l'acquiescenza della parte autorizzi l'esame testimoniale, non permesso dalla legge: con quali limitazioni, art. 229, p. 240. — Della prova contraria, *ivi.* — Contenuto della sentenza od ordinanza che ammette la prova testimoniale, art. 230, p. 242. — Luogo ove può farsi l'esame, art. 231, p. 242. — Termine a compiere l'esame; decorso, interruzione, art. 232, p. 243. — Dell'esame a futura memoria, *ivi.* — Ordinanza che stabilisce il giorno degli esami, e notificazioni, articolo 233, p. 244. — Notificazione della generalità dei testimonii. Termine, art. 234, p. 244. — Persone che non possono sentirsi come testimonii, art. 236, p. 245. — Motivi di sospetto, art. 237, p. 246. — Quesiti, art. 237, p. 247. — Citazione dei testimonii, art. 238, p. 248. — Scuse dei testimonii. Multe, art. 239, p. 249. — I testimonii sono esaminati separatamente, art. 241, p. 250. — Giuramento dei testimonii, art. 242, p. 251. — Indennità, art. 245, p. 252. — Proroga del termine, art. 246, p. 253. — Se possono sentirsi nuovi testimonii, *ivi.* — O risentirsi testimonii esaminati, art. 246, p. 254. — Seconda proroga, *ivi.* — Casi di contumacia. Modificazioni che viene a subirne il processo testimoniale, art. 246, p. 255. — Processo verbale. Condizioni e requisiti, art. 247, p. 257. — Nullità dell'esame o delle singole deposizioni, art. 249-250, p. 260. — Responsabilità dei pubblici funzionarii, art. 250, p. 261. — Varii quesiti, art. 250, p. 262. — Esame di testimonii *a futura memoria*, art. 251, p. 263. — Testimonii esaminati sul luogo in caso di accesso giudiziale, art. 278, p. 290. — A verificare scritture impugnate, art. 294, p. 318. — Esame di testimonii in giudizio di falso civile, art. 306, p. 330. — Avanti il pretore, art. 427, p. 425. — Esame avanti il conciliatore, art. 453-454, p. 448. — Esame di testimonio in giudizio d'interdizione, art. 840, p. 891. = *V.* Giunta IX, p. 1061.

Titolo esecutivo. Definizione, art. 554, p. 552. — Copie autentiche del titolo esecutivo, articoli 555-556 557, p. 554. — Efficienza del titolo esecutivo contro gli eredi, art. 560, p. 556. — Notificazione del titolo esecutivo, art. 562, p. 559. — Titolo esecutivo in esecuzione immobiliare, art. 659, p. 667. — Nota di collocazione qual titolo esecutivo, art. 718, p. 746.

Trascrizione. Del precetto in esecuzione immobiliare, art. 659, p. 668. — Varii quesiti sul modo ed effetti della trascrizione, art. 659, p. 669. — La trascrizione non produce la immobilizzazione dei frutti in giudizio contro terzo possessore, art. 706, p. 731. — Trascrizione in materia di purgazione ipotecaria, art. 727, p. 761. — Trascrizione ed inserzione imposta all'erede beneficiario, art. 881, p. 947.

Tribunali di commercio. Attinenze e limiti della competenza commerciale in confronto della civile, art. 406, p. 411, ecc. — Questioni di verificazioni di scritture e di falso, art. 406, p. 411-414. — Il tribunale di commercio giudica in revocazione le proprie sentenze, articolo, 498, p. 496. — Esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio. Competenza, art. 570, p. 570. — Incidente in materia d'autorizzazione della donna maritata. Esame della competenza, art. 803, p. 855.

Tutore. Se non autorizzato possa istituire querela di falso civile nell'interesse del pupillo, art. 301, p. 322. — Quando i tutori, ecc., sopportano in proprio le spese del giudizio, articolo 372, p. 387.

Tutore Protutore. Tutore nominato dal Consiglio di famiglia e di tutela, art. 813, p. 868. — Fa istanza per la omologazione, art. 814, p. 868. — Vende i mobili del minore, art. 816, p. 871. — Modalità prescritta alla vendita dei beni mobili dei minori, art. 817, p. 871, ecc. — Facoltà che ha il tutore di attenuare il prezzo d'incanto, art. 820, p. 872. — Per vendere censi ed altre rendite perpetue dev'essere autorizzato dal Consiglio di famiglia, articolo 823, p. 873. — Della presenza del tutore o protutore all'inventario che ha luogo all'apertura della successione, art. 868, p. 926.

U

Udienza. Pubblicità, art. 52, p. 68. — Presenza delle parti all'udienza, art. 350-351, p. 370. — Polizia delle udienze, art. 354-355, p. 371.

Uscieri. Responsabilità, art. 61, p. 75, art. 756, p. 795, art. 768, p. 805. — Del ministero dell'usciere in genere, art. 41, p. 64. — Nell'esecuzione mobiliare, art. 593, p. 594, art. 594, p. 595, art. 595-596-597, p. 596, art. 598, p. 597, art. 599-600, p. 599, art. 604, p. 605. — Responsabilità dell'usciere per la persona del custode dei mobili pignorati, art. 601, p. 600. — L'usciere aggiudica i beni mobili e dà gli opportuni provvedimenti, art. 644, p. 645. — Sue operazioni per la consegna di cose mobili, ed espulsione da immobili, articolo 742, p 782, art. 743, p. 783, art. 746, p. 785, art. 747, p. 786, art. 748, p. 787. — Esecuzione di arresto personale, art. 754, p. 791, art. 753, p. 792, art. 755-756, p. 795, art. 760, p. 798.

V

Valore. Formazione del valore. Domanda, art. 72, p. 84. — Interessi scaduti. Residuo, articolo 72, p. 85. — Pluralità dei capi di domanda. Delle persone. Delle azioni, art. 73, p. 86, art. 74, p. 87. — Valore come si determina in sequestro o pignoramento, art. 75, p. 87. — Nelle controversie su rendite perpetue, temporanee, ecc., art. 76, p. 88. — Nelle controversie sulle locazioni, art. 77, p. 89. — Sulla proprietà dei beni immobili, art. 79, p. 90. — Valore indeterminabile, art. 81, p. 92.

Vendita giudiziale forzosa. *Rispetto a cose mobili*. Ordinanza della vendita, e contenuto, art. 623, p. 628. — Termine, art. 624, p. 629. — Stima degli oggetti preziosi, art. 628, p. 630. — Procedimento, *ivi*. — Bando, art. 629-630-631, p. 631, art. 632, p. 632. — Natura della esecuzione sulle vendite, art. 633, p. 632. — La pubblicazione del bando è atto della parte e non del giudice, art. 633, p. 633. — Vendita, art. 634, p. 635. — Del diritto d'offerta. Del creditore offerente, *ivi*. — Del nuovo incanto. Varii quesiti, *ivi*. — Oggetti d'oro e d'argento invenduti. Osservazioni, art. 637, p. 636. — Nuovo incanto degli oggetti stimati; in quale caso? art. 638, p. 637. — Quesiti, *ivi*. — Vendite delle rendite sul debito pubblico, ecc., art. 639, p. 638. — Pignoramento e vendita delle azioni industriali, *ivi*. — Attribuzioni e competenza del pretore, art. 639, p. 639. — Quando il prezzo sia sufficiente a soddisfare il credito dell'istante e degli opponenti, art. 640, p. 640. — Responsabilità dell'ufficiale delegato alla vendita, art. 642, p. 641. — Aggiudicazione al creditore pignorante per atto d'usciere, art. 644, p. 643. — Sull'aggiudicazione. Avvertenze, *ivi*. — *Vendita d'immobili*. Istanza, art. 662, p. 679. — Offerta preliminare, art. 663, p. 680. — Forma della citazione di vendita, art. 665, p. 683. — Contenuto della sentenza che autorizza la vendita, art. 666, p. 684. — Diritti immobiliari, *ivi*. — Notificazione della sentenza, *ivi*. — Formazione del bando venale, art. 667, p. 686. — Delle offerte all'incanto, art. 672-673, p. 690. — Deposito del decimo, art. 672-673, p. 692. — Delle spese, *ivi*. — Modi, forme e condizioni dell'incanto, art. 675, p. 693. — Qualità e caratteri della offerta al pubblico incanto, *ivi*. — Aggiudicazione al creditore procedente, art. 675, p. 695. — Diminuzione di prezzo per nuovo deliberamento, *ivi*. — Restituzione del deposito del decimo, art. 677, p. 696. — Offerta di persona nominanda, art. 678, p. 697. — Aumento del sesto, art. 680, p. 699. — Nuovo incanto, art. 681-682, p. 700. — Di quelli che hanno diritto di promuoverlo dopo l'aumento del sesto in termine prefisso,

art. 683, p. 701. — Collusioni che possono temersi, *ivi*. — Spese del giudizio; varie categorie; a chi sono imposte, art. 684, p. 702. — Contenuto delle sentenze di vendita (aggiudicazione), art. 685, p. 703. — Ordine di rilasciare il possesso dei beni, *ivi*. — Diritti del deliberatario, art. 685, p. 704. — Del pericolo del fondo esposto alla vendita giudiziale, *ivi*. — Vendita dei frutti immobilizzati, art. 688, p. 710. = *V.* **Rivendita**.

Vendita volontaria dei beni dei minori. *Vendita di beni mobili.* Bando, art. 817, p. 871, art. 818, p. 872. — L'incanto è aperto sul prezzo di stima, art. 819, p. 872. — Si deputano periti. La stima può risultare anche da recente inventario, art. 819-820, p. 872. — Se il tutore possa in ogni caso attenuare il prezzo d'incanto senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, *ivi*. — Formalità, art. 821, pag. 873. — Se la nullità del processo verbale derivi dalla inosservanza delle forme prescritte, e quindi la nullità della vendita, art. 822, pag. 874. — Il tutore dev'essere autorizzato dal Consiglio di famiglia a vender censi, rendite perpetue, ecc., art. 823, pag. 874. — *Vendita dei beni immobili dei minori.* Se sia sempre necessario di vendere gl'immobili al pubblico incanto, art. 825, p. 875. — Appartiene al tribunale, non più all'uffiziale procedente, il determinare le condizioni della vendita, art. 825, p. 876. — Del processo d'omologazione, *ivi*. — Nomina e relazione dei periti, art. 826, p. 877. — Pubblicazione e contenuto del bando venale, art. 827-828, p. 877. — Dell'incanto. Non è più necessaria la presenza esclusiva del pro-tutore, articolo 829, p. 878. — Della ostensione dei titoli della proprietà, art. 829, p. 879. — Deserzione dell'incanto, art. 829, p 879. — Proposta di prezzo al nuovo incanto, e se questo sia obbligatorio, *ivi*. — Delle spese della vendita, art. 830, p. 880. — Formalità della vendita degl'immobili, art. 831, p. 881. — Osservazioni generali, *ivi*. — Differimento dell'incanto per caso di forza maggiore, *ivi*. — Dell'aumento del sesto, *ivi*. — Della rivendita, art. 831, p. 882. — Il processo verbale della vendita vale titolo traslativo della proprietà, art. 833, p. 884. — Formalità da tenersi per la vendita d'immobili comuni a maggiori e minori, art. 835, p. 885. — Questioni di nullità, *ivi*.

Verificazione delle scritture. Generalità, art. 282, p. 293. — Del giudizio di ricognizione o verificazione principale, art. 282, p. 295. — Competenza e procedimento, *ivi*. — Se possano cumularsi colla domanda di verificazione altre di merito, *ivi*. — Quando nasce l'*azione* di verificazione, *ivi*. — Ricognizione e verificazione di testamento olografo, articolo 282, p. 296. — Quando la scrittura si ha per riconosciuta, art. 283, p. 299. — Ricognizione dedotta dallo stato di contumacia, art. 283, p. 300. — Di obbligazione individua o attribuita all'autore, art. 283, p. 301. — Vi è un termine ad impugnar la scrittura? *ivi*. — Mezzi di verificazione, art. 284, p. 302. — Criterii per ammettere o negare l'esperimento della verificazione, art. 284, p. 302. — Dei mezzi proponibili per la verificazione, e loro efficacia rispettiva, art. 284, p. 303. — Verificazione per mezzo di periti, art. 285, p. 304. — Per mezzo di altre scritture, art. 286, p. 305. — Di scritture presentate da depositarii pubblici, art. 287-288-289, p. 307. — Responsabilità del pubblico depositario, art. 289, p. 308. — Di privati, *ivi*. — Del risarcimento dei danni, *ivi*. — La parte può essere obbligata a scrivere per dettatura del giudice, art. 290, p. 311. — Provvedimento relativo; come si notifica, *ivi*. — Opera dei periti nella verificazione, art. 291-292-293, p. 313. — Verificazione per mezzo di testimonii, art. 294, p. 313. — Questioni, art. 294, p. 314. — Procedimento, art. 294, p. 315. — Verità della scrittura. Pena dell'impugnante, art. 295, p. 315. — Differenza dalla verificazione alla querela di falso, art. 296, p. 318, art. 299 p. 321. — Verificazione in giudizio pretoriale, art. 430, p. 427.

VA1 1523894

Digitized by Google